جامعة الجزائر 1
كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة والقانون

أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني

ـ دراسة تطبيقية مقارنة ـ

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية

تخصص أصول الفقه

إعداد الطالبة

يمينة شودار

السنة الجامعية

1431-1432هـ-2010-2011م

جامعة الجزائر 1

كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة والقانون

أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني

ـ دراسة تطبيقية مقارنة ـ

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية

تخصص أصول الفقه

إعداد الطالبة: *يمينة شودار* *إشراف:أ.د. علي عزوز*

أعضاء لجنة المناقشة

الأعضاء	الصفة
أ.د. قارة ناصر	**رئيسا**
أ.د. علي عزوز	**مقررا**
أ.د.دهينة نصيرة	**عضوا**
أ.د. بوغزالة	**عضوا**
د. غنية كيري	**عضوا**
د.دليلة مباركي	**عضوا**

الإهـ ـ ـ داء

إلى المهتمين بالفقه الإسلامي

إلى الغافلين عن أحكامه ونظمه

إلى كل متطلع إلى التعرف عليه

إلى فقهاء التشريع في الوطن الإسلامي

أهدى إليهم هذا العمل

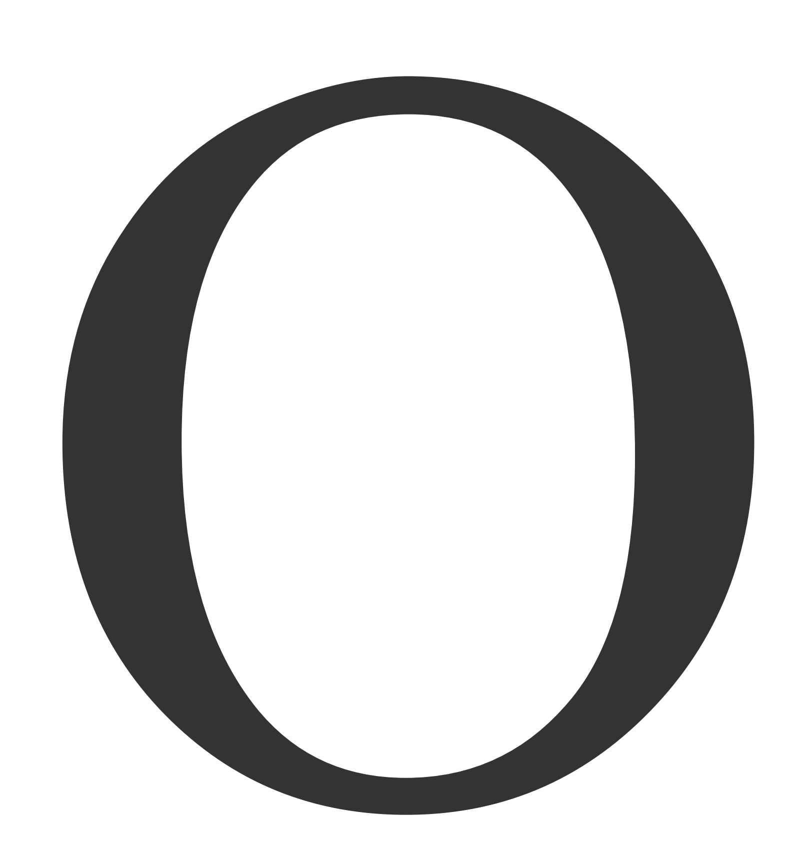
شكر

أشكرك ياربنا بما أسبغت علينا من نعمك الظاهرة والباطنة، خلقتنا في أحسن تقويم، وكرمتنا أحسن تكريم ، ورضيت لنا الإسلام دينا، وهديتنا بأفضل الخلق سيدنا محمد ρ فبعثته لنا نبيا ورسولا، وجعلت لنا القرآن الكريم شريعة ومنهاجا، فجعلتني من طنالبات مدرسة الشريعة، ووفقتني إلي إعداد هذا البحث وإتمامه، وما كنت بقادرة على ذلك لو لم توفقني وتشرح صدري .

ثم أتوجه بالشكر والتقدير والإجلال، عرفانا بالجميل وإقرارا بالمنة والفضل، إلى أستاذي الجليلين:

الأستاذ الدكتور: محمد جبري الألفي، الذي أرشـــدني إلى البحث في موضوع الرسالة

و الأستاذ علي عزوز: المشرف على هذه الرسالة، الذي أحذ بيدي في طريق إعداد هذا البحث و إتمامه ،فأسأل الله تعالى أن يجزيهما به عني خير الجزاء ما جزي أستاذا عن تلميذه، وأن يجعله في ميزان حسنا ما يوم الدين ، أمين .


O

المقدمة

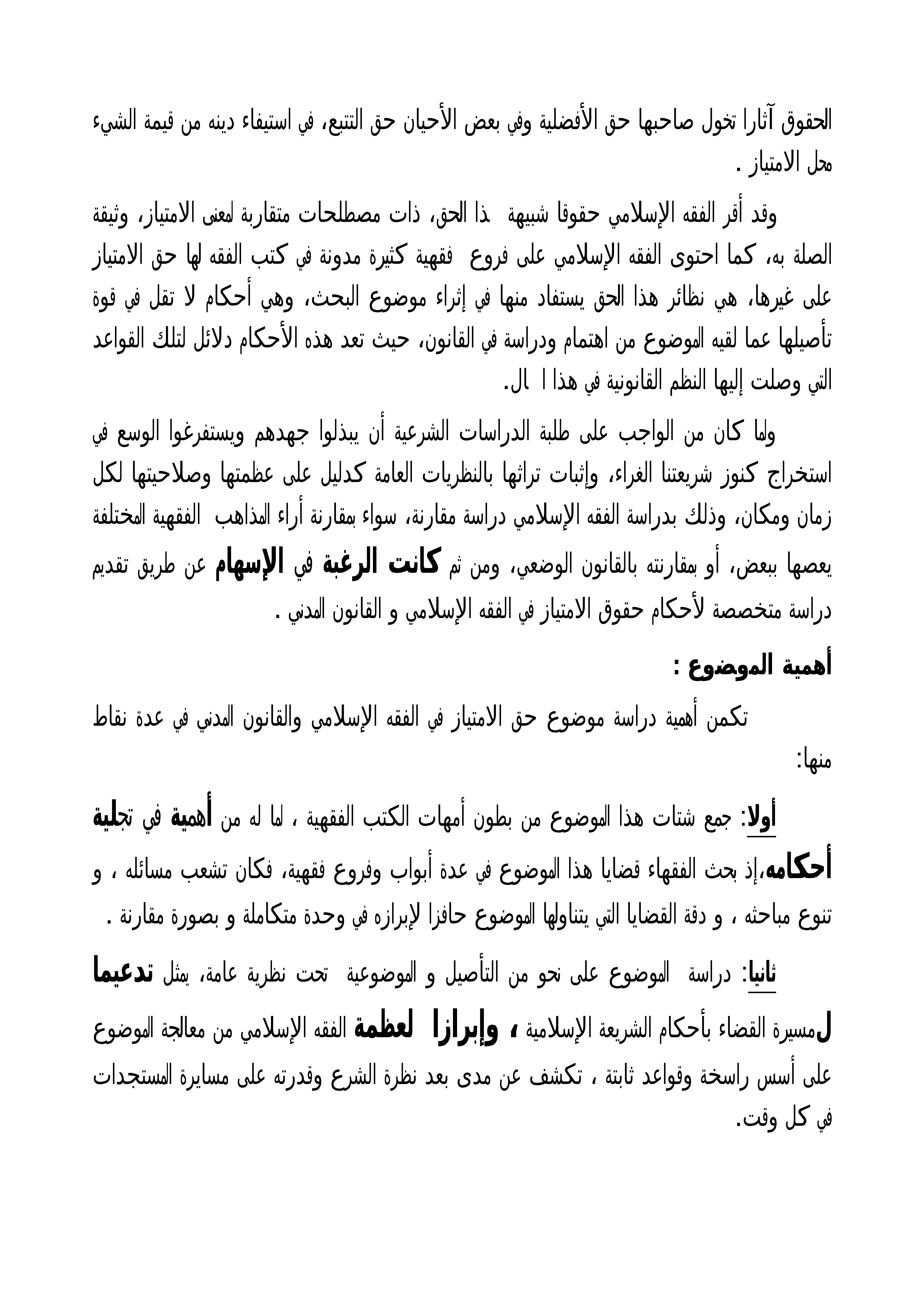
الحمد لله الذي شرع لنا من الدين ما تحيا به الضمائر، وتستنير به البصائر، والصلاة والسلام علي سيدنا خاتم النبيين وسيد المرسلين وخير الهداة المرشدين، الذي أرسى قواعد الدين ورسم معالم التشريع الحكيم، وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد ،

فقد عالج المشرع الجزائري أحكام حقوق الامتياز في الباب الرابع من الكتاب الرابع المخصص للحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، وذلك في المواد: 982 إلى 1001 من التقنين المدني، الصادر بموجب القرار رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 إلى غاية آخر تعديلات القانون رقم 05-10 المؤرخ 20 يونيو 2005 والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن لنصوص القانون المدني المعدل والمتمم والمستمد نصوصه من التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف.

حيث عرفت الفقرة الأولى من المادة 982 م.ج منه حق الامتياز:"بأنه أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني".

فالامتياز مصطلح قانوني، يراد به إعطاء أولوية معينة لشخص معين في استيفاء حقه قبل غيره من أصحاب الحقوق التي على مال المدين المفلس، بالنظر إلى صفة الدين لاعتبارات مختلفة يقررها القانون، إذ الغرض منه رعاية بعض الحقوق بتقديم الوفاء ا على غيرها، حيث تترتب على هذه



الحقوق آثارا تخول صاحبها حق الأفضلية وفي بعض الأحيان حق التتبع، في استيفاء دينه من قيمة الشيء محل الامتياز .

وقد أقر الفقه الإسلامي حقوقا شبيهة ذا الحق، ذات مصطلحات متقاربة لمعنى الامتياز، وثيقة الصلة به، كما احتوى الفقه الإسلامي على فروع فقهية كثيرة مدونة في كتب الفقه لها حق الامتياز على غيرها، هي نظائر هذا الحق يستفاد منها في إثراء موضوع البحث، وهي أحكام لا تقل في قوة تأصيلها عما لقيه الموضوع من اهتمام ودراسة في القانون، حيث تعد هذه الأحكام دلائل لتلك القواعد التي وصلت إليها النظم القانونية في هذا ا ال.

ولما كان من الواجب على طلبة الدراسات الشرعية أن يبذلوا جهدهم ويستفرغوا الوسع في استخراج كنوز شريعتنا الغراء، وإثبات تراثها بالنظريات العامة كدليل على عظمتها وصلاحيتها لكل زمان ومكان، وذلك بدراسة الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، سواء بمقارنة أراء المذاهب الفقهية المختلفة بعضها ببعض، أو بمقارنته بالقانون الوضعي، ومن ثم **كانت الرغبة** في **الإسهام** عن طريق تقديم دراسة متخصصة لأحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي و القانون المدني .

أهمية الموضوع :

تكمن أهمية دراسة موضوع حق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني في عدة نقاط منها:

أولا: جمع شتات هذا الموضوع من بطون أمهات الكتب الفقهية ، لما له من **أهمية** في **تجلية أحكامه**،إذ بحث الفقهاء قضايا هذا الموضوع في عدة أبواب وفروع فقهية، فكان تشعب مسائله ، و تنوع مباحثه ، و دقة القضايا التي يتناولها الموضوع حافزا لإبرازه في وحدة متكاملة و بصورة مقارنة .

ثانيا: دراسة الموضوع على نحو من التأصيل و الموضوعية تحت نظرية عامة، يمثل **تدعيما ل**مسيرة القضاء بأحكام الشريعة الإسلامية **، وإبرازا لعظمة** الفقه الإسلامي من معالجة الموضوع على أسس راسخة وقواعد ثابتة ، تكشف عن مدى بعد نظرة الشرع وقدرته على مسايرة المستجدات في كل وقت.

ثالثا : الأهمية العملية التي يتسم ا الموضوع ؛ و هي معالجة قضايا شائعة بين أفراد ا تمع **تتعلق باستيفاء الحقوق.** .و هي مسائل جديرة بالبحث والدراسة لبيان حكم الشرع والقانون في إقامة الحق ونشر العدل.

مشكلة البحث:

دف الدراسة إلى بيان مفهوم حق الامتياز في الفقه الإسلامي، ومدى مشروعيته، وذكر أهم الحقوق الممتازة ومقتضى هذا الحق، وذلك من خلال ما سطره الفقهاء المتقدمون في مدونا م الفقهية، وما دونه المعاصرون في دراسا م المقارنة، محاولة في ذلك المزواجة بين الأصالة والمعاصرة في البحث.

إن الإشكالية التي يعالجها البحث تلمس في الإجابة عن الأسئلة التالية:

- ما مفهوم حق الامتياز في الفقه الإسلامي وما تيسر لي في القانون المدني؟.
- ماهي أنواع الحقوق الممتازة في الفقه الإسلامي وما يقابلها في القانون المدني؟
- ما هي الحكمة من تقرير حق الامتياز؟
- ما مقتضى حق الامتياز ؟

وهذه التساؤلات وغيرها، سوف يتم الإجابة عليها في متن هذا البحث أو بغية الإحاطة بكافة الأحكام الفقهية التى ترعى موضوع حق الامتياز.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والتقصي في عدد من الفهارس لرسائل الجامعات في الوطن العربي، لم أقف على رسالة علمية تناولت موضوع حقوق الامتياز بصورة شاملة ومتكاملة على شكل دراسة مقارنة تستقرى حقوق الامتياز في مختلف الأبواب الفقهية غير رسالتين وهي كالتالي:

الرسالة الأولى: "آثار الإفلاس في استيفاء الدائنين حقوقهم من التفليسية في الفقه الإسلامي والقانون المصري" للباحث عبد الأول عبدين بن محمد بسيوني، رسالة علمية مطبوعة ،تقدم ا الباحث لنيل شهادة الدكتوراه بجامعة القاهرة. من مطبوعات دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، سنة 2008.

تناول فيها الباحث نظام الإفلاس في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مبينا فيها القواعد والأحكام التى تنظم حقوق الدائنين بمدينهم المفلس، حيث تعرض في الباب الثالث من الرسالة إلى آثار الإفلاس بالنسبة للدائنين غير العاديين وأصحاب الحقوق الثابتة في ذمة المدين.

وخص المبحث الأول للدائنين ذو التأمينات الخاصة، فذكر تأصيل حق الامتياز في القفه الإسلامي وتناول بعض التطبيقات العملية لحق الامتياز، مقتصرا على ذكر بعض الدائنين الممتازين مثل امتياز مؤجر الأرض، وامتياز الصانع، وامتياز الناقل.

وهي دراسة مقتضبة، تحتاج إلى المزيد من التقسيم والتدليل لأنواع أخرى من حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي.

الرسالة الثانية: أولوية استيفاء الديون-دراسة تطبيقية مقارنة-للباحث عبد الله مبروك محمد عبد العزيز النجار، رسالة علمية –غير مطبوعة- تقدم ا الباحث لنيل شهادة الدكتوراه في جامعة الأزهر –كلية الشريعة والقانون- دراسة تأصيلية تطبيقية. لموضوع الأولوية في الديون بحثها في قسمين. خص القسم الأول للمبادئ العامة للأولوية في القانون المدني والفقه الإسلامي، من حيث التعريف بالأولوية وبيان خصائصها وأسسها.

وخص القسم الثاني للتطبيقات أولوية استيفاء الديون سواء ديون عينية أو شخصية.

ولموضوع الرسالة ارتباط وثيق بموضوع بحثنا، وإن اقتصر في دراسته على الديون الممتازة فقط، كما اتبع ما ورد من تقسيمات القانون المدني لأنواع الحقوق الممتازة **وتأصيلها فقهيا**.

الرسالة الثالثة: **الامتياز** في **المعاملات المالية وأحكامه** في **الفقه الإسلامي** للباحث إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التتم، رسالة علمية مطبوعة، مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي المقارن من كلية الشريعة بالرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود، مطبوعات دار ابن الجوزي، ط1، 1420هـ .

تناول فيها الباحث أحكام حقوق الامتياز الواردة في باب المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، و ذلك بدراسة **الموضوع دراسة تأصيلية، تناول فيها تعريف حق الامتياز،أقسامه ، خصائصه ، أسبابه ، و مقتضى هذا الحق . وخص الباب الثاني لتطبيقات حق الامتياز** في **الفقه الإسلامي-باب المعاملات المالية-**

و هي رسالة في **غاية الأهمية و التنظيم، من حيث تتبع أراء** الفقهاء في المسائل الفقهية و توثيقها و مناقشتها ، و قد استفدت منها كثيرا من خلال إحالاته إلى المصادر ، غير أنه اقتصر في دراسته على بعض الأبواب الفقهية فقط ،أضف إلى ذلك ، أنه لم يتطرق إلى كل مسائل باب المعاملات . كما ركز على امتياز العقود و الاتفاقيات كامتياز الوكالات التجارية و امتياز المرافق العامة و امتياز شركات التنقيب و التعدين ، ونحوهما في الفصل الثالث ،ببيان حكمها و أهميتها في نطاق العمل.

ومن البحوث: بحث الدكتور أحمد ياسين القرلة، حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي، وهو بحث منشور في ا لة الأردنية في الدراسات الإسلامية وهي مجلة علمية عالمية محكمة، ا لد3، العدد3، 2007.

تناول البحث مفهوم حق الامتياز في الفقه الإسلامي، مشروعيته، وعرض أهم الحقوق المالية الممتازة.

والبحث على الرغم من صغر حجمه إلا أنه أحسن إلى حد بعيد في إعطاء صورة عن الموضوع والإحالة إلى مصادر البحث الفقهي فيها، والملاحظ أن الباحث اكتفى بإيراد مسائل جوهرية في الموضوع، كأنه بذلك يحيل الأمر إلى الباحثين لتحقيق تلك المسائل من مصادرها.

وهذه الملاحظة وغيرها لا تعني الإنقاص من عمل الباحثين، لقد كان لهذه الدراسات جهد علمي هام لدراسة الموضوع، سواء من الناحية الفقهية أو القانونية، وإن ما زال الموضوع يحتاج إلى المزيد من الجمع والتأصيل والتدليل.

وقد راعيت في موضوع الأطروحة ما يلي:

أولا: دراسة الموضوع دراسة شاملة تستقرئ حقوق الامتياز في مختلف الأبواب الفقهية ،إذ هي سنام هذه الدراسة والغاية منها ومقارنتها بالقانون المدني.

ثانيا: تناولت الدراسة بيان الحقوق غير المالية التي لها صفة الامتياز في الفقه الإسلامي.

ثالثا: تعرضت الدراسة إلى بعض التطبيقات المعاصرة لحقوق الامتياز ،التي تحتاج إلى تكييف شرعي في ظل المستجدات القانونية .

و هذه الدراسة في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون المدني ، توخيت من خلالها أن أجعل الفقه الإسلامي **سنام هذه الدراسة و الغاية منها ،** فإذا وجدت حكما في الفقه الإسلامي و آخر في القانون المدني مماثلا له شرحت الحكم الشرعي، و **أكتفى بالنسبة للتقنين المدني بإيراد النص القانوني المقابل له ، لأن** في **عرض الموقف القانوني تكرارا** يغني أحدهما عن لآخر في كثير من الأحيان ، و أما إذا تعارض الحكمان فنشرح كلا منهما مبينين الأساس الذي يستند عليه كل منهما و نشير إلى أوجه الاتفاق و الاختلاف بينهما ، و ذلك هو المنهج المعتمد نمطا و أسلوبا في فصول و مباحث هذه الدراسة . غير أنني خالفت هذا المنهج في الفصول الأولى من أحكام حقوق الامتياز العامة ، فقد خصصت الأحكام العامة لحقوق الامتياز وفق ما تطرق إليه القانون المدني أولا ثم ما تناوله الفقه الإسلامي ثانيا ،و السبب في ذلك ، أن المشرع عالج أحكام حقوق الامتياز **العامة وفق نظرية عامة ، تنظمها فكرة منسجمة ومتناسقة ،أما** في **الفقه الإسلامي ، فقد درج الفقهاء على استخلاص الأحكام الفردية لأحوال الناس و اقتصروا على الفروع و الجزئيات دونما اهتمام باستخلاص ص النظريات .**

و خصصت الأحكام الخاصة يكل نوع من أنواع حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي ، ببيان الحق الممتاز ، محل الامتياز ، الحكمة من تقريره ، و مرتبته، مقارنة بالقانون المدني .

و لما كانت الدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي من جهة و القانون المدني من جهة أخرى ، فكان لكل منهما ذاتيته و نظامه و مصطلحاته ، فإن من الطبيعي أن يصادف بعض الأحكام التي توجد في الأول و لاتوجد في الثاني أو العكس ، فمثل هذا التباين و الاختلاف مألوف في كل دراسة .

و الجدير بالملاحظة ، أن تعقب مفردات موضوع البحث في الفقه الإسلامي و ما يقابله في القانون المدني ليس بالأمر اليسير، بسبب اختلاف مصطلحات كل نظام ، وإن هذا لايقلل من

أهمية الموضوع ، بل إنه يعزز ضرورة هذه الدراسة و تعمق التوجه نحوها و لا مشاحة في الاصطلاح مادام كلا النظامين يصل إلى ذات الأثر .

منهج البحث

اعتمدت في هذا البحث على المنهج الاستقرائي –الاستنباطي، ذلك أن طبيعة هذا الموضوع تقتضي التتبع والاستقراء موعة من النصوص الشرعية والفقهية التي تمثل أصولا للموضوع من خلال ما تيسر لي الوقوف عليه من كتب الفقه الإسلامي، حيث قمت بتصنيفها وتبويبها ثم استنباط الأحكام والمقاصد منها، كما اعتمدت المنهج التحليلي حيث قمت بتحليل هذه النصوص لبيان دلالتها على ثبوت هذا الحق في الفقه الإسلامي.

وقد اتبعت في توثيق الرسالة وتنظيمها، منهجا علميا تبدو أهم ملامحه فيما يلي:

-**أولا**: بيان مواضع الآبيات القرآنية التي ورد ذكرها في ثنايا البحث نذكر اسم السورة، رقم الآية على رواية ورش عن نافع.

ثانيا: تخريج الأحاديث النبوية، الواردة في الرسالة (من الكتب الستة المعتمدة) مبنية في الغالب درجة الحديث من حيث الصحة أو الضعف، فإن كان الحديث في الصحيحين اكتفيت بتخريجه منهما أو في أحدهما، وإن كان في غيرهما ذكرت من خرجه من أصحاب المسانيد مع بيان حكمه من خلال أقوال المحدثين ما أمكن.

ثالثا: ترجمته للأعلام المذكورين في الرسالة ترجمة مختصرة واستثنيت المشاهير من الخلفاء والأئمة الأربعة، فشهر م تغنى عن التعريف.

رابعا: التأصيل لكل مسألة ببيان موقف المذاهب الفقهية الأربعة منها بالرجوع إلى المصادر الأصلية والمراجع المعتمدة لدى أصحابه، مستدلة لكل اتجاه فقهي بما ورد من أدلة، مبنية ما ورد على تلك الأدلة من اعتراضات ومناقشات إن وجدت، ثم ترجيح ما ظهر لي رجحانه مع بيان سبب الترجيح.

خامسا: عرض الموضوع من الناحية القانونية ببيان أراء الفقهاء في ظل القانون المدني مع عرض حجج والرأي الراجح عنهم، وهذا العرض يجيء بعد عرض لوجهة نظر الفقه الإسلامي إزاء موضوع

متكامل من موضوعات هذه الدراسة ثم خلاصة ومقارنة، مبنية فيها أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف مراعية منهج المقارنة.

سادسا: جعلت لكل فصل و مبحث مدخل يلقى الضوء على ما سأتناوله من مسائل.

سابعا: ذيلت الرسالة بفهارس علمية متنوعة، تسهل الاطلاع على مواضيع الرسالة ومنها:

- فهرس الآيات القرآنية حسب السور.
- فهرس الأحاديث حسب حروف المعجم.
- فهرس الأعلام حسب حروف المعجم.
- فهرس المصادر والمراجع.
- فهرس الموضوعات التفصيلي.

وبعد هذه فهذه أهم سمات منهج إعداد البحث، وقد حاولت جاهدة أن لا أحيد عنها في ثنايا المباحث والمسائل التي تعرضت لها في هذا البحث، فما كان حق وصواب فمن الله Y وحده وما **كان فيه من ذلك وخطأ** أو تقصير فهو مني.

خطة البحث

تقتضي دراسة أحكام حقوق الامتياز ـ دراسة تأصيلية ، تطبيقسة ـ تقسيمه بابين : أحكام العامة وأحكام خاصة ، إلا أنه يتعذر ذلك في هذا الطرح ، ذلك أن **الموضوعات التي تناولتها هذه الأطروحة لا تنتظم** في **رابط واحد ، وإنما تتألف من موضوعات** مختلفة في **الفقه الإسلامي** , مما دفعني إلى تقسيم الخطة إلى فصول متعددة

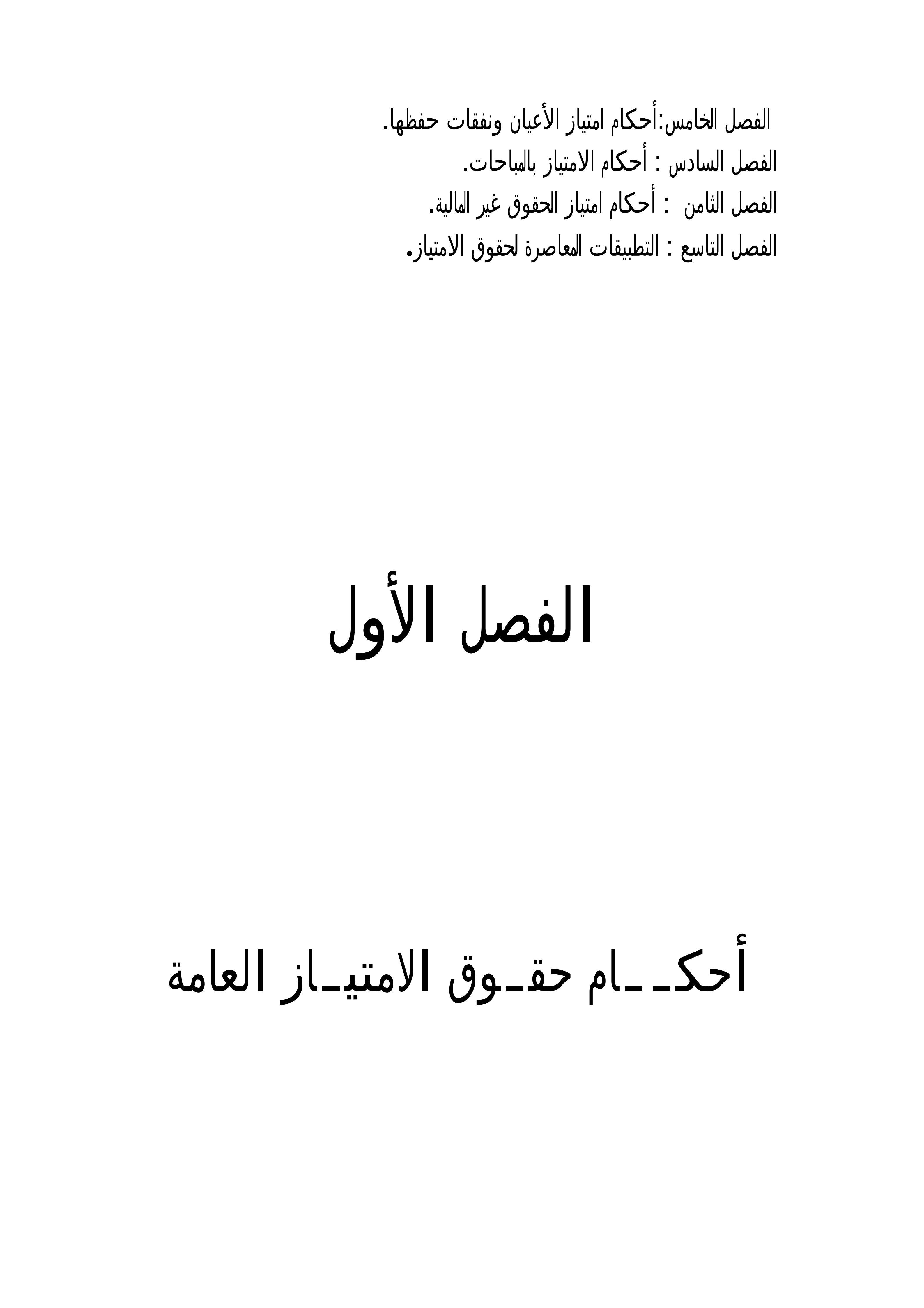
فقد قسمت هذه الرسالة وفق الخطة الآتي تفصيلها :

الفصل الأول: حق الامتياز، مفهومه، أصل نشأته، أدلة اعتباره.

الفصل الثاني: أقسام حق الامتياز، خصائصه، أسس تقريره في القانون المدني والفقه الإسلامي

الفصل الثالث : مقتضى حق الامتياز وانقضاؤه في القانون المدني و الفقه الإسلامي

الفصل الرابع :أحكام امتياز الديون.



الفصل الأول

أحكـــام حقـوق الامتيـاز العامة

تمهيد

تقتضي دراسة الأحكام العامة التي تخضع لها حقوق الامتياز، بيان مفهوم حق الامتياز، وذلك بتقديم تعريف ُيميزه، نعقبه بنبذة عن أصل نشأته ومدى مشروعيته، ثم نعقبها بدراسة خصائصه وأسس تقريره، وأخيرا نعرض مقتضى حق الامتياز وانقضائه، على أن نفرد لكل موضوع مبحثا خاصا، وذلك من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: حق الامتياز، مفهومه، أصل نشأته، مشروعيته وتنظيمه التشريعي.

المبحث الثاني: أقسام حق الامتياز، خصائصه، أسس تقريره في القانون المدني والفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: مقتضى حق الامتياز وانقضاؤه في القانون المدني والفقه الإسلامي.

المبحث الأول: حق الامتياز، مفهومه، أصل نشأته، مشروعيته، وتنظيمه التشريعي

المطلب الأول: مفهوم حق الامتياز لغة واصطلاحا

مصطلح حق الامتياز مركب إضافي، ومعرفة معنى المركب تتوقف على معرفة معنى أجزائه[(1)]، وبالتالي لا بد من تعريف المضاف والمضاف إليه.

أولا : حق الامتياز لغة:

الفرع الأول: تعريف الحق لغة

للحق لغة معان متعددة، أقر ا إلى موضوعنا الواجب والثابت قال تعالى: "**ولَكن حقت كَلمةُ الْعذَابِ علَى الْكَافرِين**"[(2)]، أي وجبت وثبت[(3)]، وتستعمل صيغة أفعل منه بأحد معنيين:

الأول: بمعنى الاختصاص بالشيء من غير مشاركة، ومن ذلك قولهم فلان أحق بماله، أي لا حق لغيره فيه، بل هو مختص به بغير شريك.

الثاني: بمعنى أفعل التفضيل، أي الاشتراك مع الغير ورجحانه عليه ومن ذلك حديث"**الأيم أحق بنفسها من وليها**"[(4)] ، فهما مشتركان، ولكن حقها أكد[(5)].

الفرع الثاني: تعريف الامتياز لغة

---

(1)السبكي، على بن عبد الكافي : الإ اج شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1984، ج1 ص20

(2)الزمر: 71.

(3) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم: لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، 1983 باب القاف فصل الحـاء، ج10، ص49. الرازي ،محمد بن أبي بكر: مختار الصحاح، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت،ط 2،2001، ص80، الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة،ط1،1994،ص 1129 .

(4)أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحيل، باب في النكاح ،ج 21،ص309، رقم الحـديث: 6567، أخرجـه مسـلم في صحيحه، كتاب النكاح باب استئذان الثيب في النكاح ،ج 7، ص241، رقم الحديث: 3541 .

(5)الفيومي، أحمد بن على : المصباح المنير ، المكتبة العلمية ، بيروت،د. ط، ص 144.

الامتياز مشتق لغة من الميز، والميم والياء والزاي أصل صحيح يدل على تزيل شيء من شيء وتزييله، وميزته تمييزا ومزته ميزا، وامتازوا: تميز بعضهم من بعض، ويكاد يتميز غيظا أي يتقطع، وانماز الشيء : انفصل عن الشيء[1] .

والميز والتمييز: هو الفصل بين المتشا ات، يقال مازه ويميزه ميزا وميزه، تمييزا، قال تعالى ((✂☜☺⬥⓿☜☺⬥❾❷☜☺⬥ ✂✍✦

✂☜⬥⓿☟⬥⓿☜☺⬥ ✂⌘♊☜✌☞◘☞ ✂☜☺⬥②◘⌛❿❁◘))[2] .

يقول ابن منظور[3]:"الميز التمييز بين الأشياء، ومزت الشيء وميزه فصل بعضه، وتميز القوم وامتازوا صاروا في ناحية، وفي التـ يل العزيز ((🕮❒⑨☙&❑☜ ✂☜☺⬥⓿◆❑◆❒✂☜✌⬥❽❸↓❒✂☎

✂☜☺⬥☺↖↗⇳❷✌↖❑♌♦)[4] أي انفردوا عن المؤمنين، ويقال امتاز القوم (إذا تنحى عصابة منهم ناحية) [5] .

والميز الرفعة....وتميز القوم وامتازوا صاروا في ناحية، وقيل: انفردوا...والتمايز التحزب والتنافس ....وماز الأذى عن الطريق: نحاه وأزاله، وانماز عن مصلاّه: تحول عنه[6] .

وماز فلان على: فضله على .....وامتاز الشيء: بدا فضله على مثله[7].

---

(1)ابن فارس بن زكريا، أبي الحسن أحمد: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد لسلام محمـد هـارون، دار الجبـل، بـيروت، ط1، 1990م، مادة" ميز"ج5، ص289.

(2) الأنفال:37 .

(3)هو محمد بن مكرم بن على بن أحمد بن حبقة الأنصاري الإفريقي كان ينسب إلى رويقع بن ثابت الأنصاري، ولد ابن منظور في القاهرة، وقيل في طرابلس، في شهر محرم سنة 638هـ ، وتوفي في مصر سنة 711هـ ،كان عالما في الفقه مما أهله لتولي منصـب القضاء في طرابلس، كما عمل في ديوان الإنشاء، وكان عالما في اللغة، سمع من ابن المقير ومرتضى بن حاتم وغيرهم، وكان مغـرم باختصار كتب الأدب المطولة،من مؤلفاته: لسان العرب، مختار الأغاني، ومختصر العقد الفريد تاريخ بغداد وتاريخ دمشـق، انظـر ترجمته: الزركلي،خير الدين: الأعلام،دار ابن حزم ، ط1 ،1998 م ، ج7، ص339.

(4) يس: 59.

(5) لسان العرب ، مادة ميز،ج 7 ،ص 4307 .

(6) الزبيدي ، محمد مرتضى :تاج العروس ،ت : علي شيري ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1 ،1994م، مادة ميز ج 8 ص135.

(7)إبراهيم أنيس داود و غيره :المعجم الوسيط ، المكتبة الإسلامية ،استانبول ،د ط ، مادة ماز،ج 2، ص 893.

يتبين من خلال النظر في المعاني اللغوية المختلفة لكلمة الامتياز، أ ا تدور على معان عديدة، منها الت يل، والتقطع، والانفصال، والعزل، والتباعد، والتفضيل والرفعة، والقوة وغيرها.

ولعل أقرب المعاني المقصودة بحق الامتياز معاني التفضيل والرفعة والانفراد،. وهذه المعاني مرعية في الامتياز بالمعنى الفقهي والقانوني، لأن صاحب الحق الممتاز مفضل على غيره، وقد مكنه القانون من إعطاء مزية قوة حتى صار مميزا عن غيره[1]. وإضافة الحق للامتياز من إضافة الشيء إلى صفته.

ثانيا: تعريف الحق اصطلاحا

الفرع الأول: اطلاقات الحق عند الفقهاء .

لم يطلق الفقهاء لفظ الحق على مفهوم واحد، بل على معان متعددة، لا تخرج عن المعاني اللغوية لكلمة الحق نذكر أهمها فيما يلي:

1 ـ يطلقونه بكثرة على مرافق العقار التى تعرف بحقوق الارتفاق ، مثل حق الطريق وحق المسيل وحق الشرب لأ ا ثابتة و لازمة له[2].

قال ابن السبكي[3]:" إن اسم الحقوق إنما يقع على الطريق ومجارى الماء و ما أشبههما"[4].

---

(1)عبد الله محمد عبد الله: الامتيازات الاتفاقية على الديون في حالة الإفلاس والمقاصة، ص299، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي المنعقدة في ذي القعدة، مايو، 1990، من منشورات بيت التمويـل الكـويتي، ط 1 ،1413 هـ.

(2)ابن عابدين ،محمد أمين : رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر ،بيروت ، ط 2 ،1979 ،ج 4 ص 190، ابن نجيم ، زيـن الدين بن إبراهيم بن محمد : البحر الرائق شرح ك الدقائق، ت: زكريا عميرات ، دار الكتب العلميـة، 1997 م ،ط1،ج 9 ص 149.،انظر: الخفيف، على ، الحق و الذمة، مكتبة وهبة ، 1947، ص 34.

(3)هو عبد الوهاب بن على بن عبد الكافي تاج الدين ابن السبكي ، الشافعي ، فقيه أصولي ، مؤرخ، ولد سنة 727 هـ ، و توفي سنة 771هـ ، قرأ على الحافظ المزي و لازم الذهبي و أجازه ابن النقيب بالإفتاء والتدريس ، اشتغل بالقضاء ثم عزل وحصل لـه محنة شديدة و سجن بالقلعة، من مصنفاته الإ اج شرح المنهاج، الأشباه والنظائر، طبقات الشافعية. انظر ترجمته: ابن العماد، عبـد الحي أحمد : شذرات الذهب في أخبار من ذهب ـ ت : محمود الأرناؤؤط ، دار ابن كثير ، دمشق ، ط1 ، 1993 م ج 6 ص 221، الزركلي :الأعلام ،ج 4 ص 184.

(4) المطيعي ، محمد نجيب : تكملة ا موع شرح المهذب،دار إحياء التراث العربي ،د ط، ج 11 ص248.

والحق ذا المعنى لا يصح التصرف فيه منفردا بعوض أو جعله عوضا في عقود المعاوضات لأنه مباح أصلا .

2- يطلقونه على المصالح الاعتبارية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع،كحق الشفعة، وحق الخيار، وحق الطلاق، وحق القصاص، وحق الحضانة، وحق الولاية[(1)].

3- يطلقونه على المنافع المتعلقة بالأعيان ، قال الشوكاني[(2)]:"المنافع المتعلقة بالأعيان لا وجود لها مستقر، بل معدومة, فبيع مجرد المنفعة دون ما هي متعلقة به، وهو الذي يقال في عرف الفقهاء كالحق"[(3)] .

3- يطلقونه على الأرزاق و الرواتب التي تمنح للقضاة، و للفقهاء و الموظفين في بيت المال. قال ابن نجيم[(4)] من له حق في ديوان الخراج ..... يفرض لأولادهم تبعا ولا يسقط بموت الأصل ترغيبا[(5)]:

4- يطلقونه على جميع الحقوق المالية وغير المالية، فيقولون حق الله وحق العباد"[(6)]

5- و أحيانا على ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذي يعتبر حكم العقد، فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع، ومن حقوقه تسليم المبيع و دفع الثمن[(1)] .

---

(1) الحفيف ،علي : الملكية في الشريعة الإسلامية ،دار النهضة العربية ،بيروت 1990 ، ص 6، العبادي، عبـد السـلام داود: الملكية في الشريعة الإسلامية،مكتبة الأقصى ،ط 1، 1977 ،القسم الأول، ص 93 ـ 94.

(2) هو الإمام محمد بن على بن محمد بن عبد الله الشوكاني الصنعاني ، فقيه مجتهد ،محدث أصولي ولد سنة 1173 ، أخذ العلم على يد والده و أهل العلم في بلدته ، من شيوخه الحافظ عبد القادر الكوكباني و أحمد بن محمد الحراري ، تصدر التدريس في جامع صنعاء و تولي القضاء الأكبر ، توفي سنة 1250 بصنعاء ، من مؤلفاته :إرشاد الفحول ، و فتح القدير و السيل الجرار ،انظر ترجمته : الزركلي ،الأعلام ،ج 6 ص 218

(3) الشوكاني ، محمد بن على بن محمد بن عبد الله ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ت: محمد إبراهيم زايد ، دار ابن حزم ، ط 1 ،2004 ، ج 3 ص 45.

(4): هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر الشهير بابن نجيم الحنفي ،أحد فقهاء الحنفية الكبار ، ولد بالقاهرة سنة 926 هـ و ا توفي سنة 970 هـ، من مؤلفاته :البحر الرائق و الأشباه والنظائر وغيرها. انظر ترجمته:ابن العماد : شذرات الذهب ،ج 8 ص 358 .

(5) ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد :الأشباه و النظائر،ت :عبد العزيز بن محمد الوكيل، مطبعة الحلبي، القـاهرة ، د.ط ،1968 م، ص 121.

(6) الخفيف ، علي : الحق و الذمة و تأثير الموت فيهما ، مكتبة عبد الله وهبه ،د ط 1945، ص9.

والجدير بالملاحظة، أن مصطلح الحق يطالعنا في جميع الأبواب الفقهية، ففي العبادات نرى الحديث عن حق الله تعالى في الصلاة، وحق الفقير في الزكاة، وفي المعاملات المالية، نجد الحقوق المترتبة على العقود بما كان منها بإرادة منفردة أو بإرادتين، وفي المعاملات غير المالية كالزواج فيها حقوق مالية كالمهر و النفقة للزوجة وحقوق غير مالية كحسن العشرة وحق الطلاق، ونجد حق الولاية سواء ما كان منها على النفس أو المال وحق الحضانة والوصاية وحق التعويض في باب الضمان، وحق الدية في باب الجنايات بل وحق القصاص. وفي كل هذه الأبواب وغيرها استخدم الفقهاء مصطلح الحق في معناه اللغوي العام [(2)] .

الفرع الثاني: الحق في الاصطلاح الفقهي:

لم يعن الفقهاء بتعريف الحق بمعناه العام في الشرع، اعتمادا منهم على المعنى اللغوي، ولعلهم رأوا أنه من الوضوح بحيث لا يحتاج إلى تعريف[(3)]، إلا أنه لا يمكن التسليم بأ م لم يحاولوا تعريفه أو استغنوا عن تعريفه لوضوح معناه، وقد وردت عدة تعريفات للفقهاء القدامى والمعاصرين.

ومن تعريفات بعض الفقهاء القدامى:

- تعريف صاحب البحر الرائق شرح ك الدقائق[(4)] بقوله :"هو ما يستحقه الرجل" والمراد بالرجل: الإنسان."

ذكره فقهاء الحنفية في سياق حديثهم عن الحقوق المرتبطة بالبيوع.

وانتقد هذا التعريف، بأنه يكتنفه الغموض مادام الاستحقاق الوارد فيه متوقف على معرفة الحق، وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق، فيلزم الدور، وهو عيب في التعريف[(5)]. بالإضافة إلى هذا، فإن التعريف لا يشمل حقوق الله تعالى و لا حقوق الشخص المعنوي، مما يجعله تعريفا غير جامعا [(6)] .

---

(1) السنهوري،عبد الرزاق أحمد ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالفقه العربي"، منشـورات الـدول العربيـة، القاهرة، 1967م، ج 1ص 9.

(2) الخولي، أحمد محمود :نظرية الحق بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار السلام ،ط 1 ، 2003، ص15 .

(3) الحق و الذمة، ص 36

(4) ا البحر الرائق شرح ك الدقائق، ،ج 6 ص 148.

(5) الدريني ،فتحي :الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة ،1966، ص 184

(6) نظرية الحق ،ص 38

- **تعريفات الفقهاء المعاصرين للحق.**

اجتهد الفقهاء المعاصرين في تعريف الحق، وتعددت تعريفا م له، وظهر فيها التأثر بعدة مؤثرات يمكن تقسيمها إلى ثلاثة اتجاهات:

- **الأول**: تعريف الحق على أساس أنه مصلحة ثابتة.
- **الثاني**: تعريف الحق من منطلق معناه اللغوي.
- **الثالث**: تعريف الحق على أساس أنه اختصاص أو علاقة اختصاصية من صاحب الحق و محله.

كما اختلفوا في ا ال الذي يشتمل على الحق، فمن متوسع في مفهومه ليشمل كل أبواب الفقه وأحكامه، ومن مضيق له لينطبق على أحكام المعاملات المالية فقط(1) ويظهر هذا من خلال عرض تعريفا م، إلا أنه سلفا نستبعد التعريفات القائمة على المعاني اللغوية.

1-تعريف الأستاذ علي الحفيف(2) للحق بالمعنى العام :"كل مصلحة مستحقة لصاحبها شرعا"(3).

ويشرح وجهة نظره في هذا التعريف بأن الحق في مفهوم الشرعيين يطلق على عدة أمور (4):

كل مصلحة لها اختصاص بصاحب العين، وإن شئت قلت منفعة أو فائدة سواء أكانت مادية أو أدبية ،مستحقة لمستحق يختص ا دون غيره، وأن هذا الاختصاص يجب أن يكون مقررا شرعا.

---

(1) نظرية الحق ،ص 41 ـ 42، العبادي : الملكية في الشريعة الإسلامية،،ص97 .

(2) هو الشيخ محمد علي الخفيف الفقيه المتمكن والأصولي المحقق، ولد سنة 1891 م بقرية الشهداء المنوفية بمصر، نشأ في أسرة محافظة، حفظ القرآن الكريم في كتاب القرية،التحق بالأزهر 1904 م ، و في 1906 انتقل إلي معهد الإسكندرية الديني ، ثم التحق بمدرسة القضاء الشرعي ونال الشهادة العالية 1915م، من شيوخه: أحمد إبراهيم بك ،و محمد الخضري و فرج السنهوري، ومن تلامذته : محمد أبو زهرة و إبراهيم مدكور و عبد الله عزام،تولى الشيخ عدة وظائف، اشتغل بالتدريس الجامعي والقضاء وإدارة المساجد، وشارك في عدة ملتقيات ونشاطات علمية، من مؤلفاته : أحكام المعاملات الشرعية ، أحكام الوصية ، اختلاف الفقهاء، الملكية في الشريعة الإسلامية و غيرها ، توفي الشيخ سنة 1978 م .انظر ترجمته: شبير ، محمد عثمان : علماء ومفكرون معاصرون ، السلسلة رقم 16 ،دار القلم ، دمشق ، ط 1 ،2002 .

(3) الحق و الذمة ، ص 37

(4) المرجع نفسه ، ص37.

كما يطلق أيضا على المال المملوك عقارا كان أو منقولا، وعلى مرافق العقار من ناحية ثبو ا له كحق الشرب وحق المسيل وحق ا رى وحق التحلي وحق الجوار.

ويبين في هذا السياق أنه لا بد أن يكون الحق :

- مصلحة، لأن الضرر لا يسمى حقا.

- الحق كل ما يخص الشخص من المنافع ، أدبية كانت أو مادية تعلقت بالمال كحق الملكية وحق الشفعة أو بالنفس كحق الحضانة أو تعلقت بإقرار النظام العام كحق الأمر بالمعروف و النهي عم المنكر .

- المصلحة لا تشمل الأعيان، لأ ا لا تسمى مصلحة والدليل على ذلك، أن الفقهاء يذكرون الحقوق في مقابلة الأعيان والحنفية يذكرو ا في مقابلة الأموال .

وهذه المصلحة مستحقة بالاختصاص لصاحبها، و إن لم تحقق لصاحب الحق نفسه فائدة أو منفعة .

ويؤخذ على هدا التعريف أنه عرف الحق بالغاية المقصودة من الحق لا بذاتيته[1]، كما يستلزم تعريفه الدور، لأنه عرف الحق بأنه مصلحة مستحقة، والاستحقاق متوقف على معرفة الحق .

أما تعريف الحق بالمعنى الخاص " مكنة تثبت لصاحبها شرعا لتحقيق غرضا معين"[2]. ومثال هذه الحقوق: حق الشفعة وحق الفسخ وحق الولاية وحق الحبس.

ونخلص من خلال التعريفين السابقين :

- أن تعريف الحق بالمعنى العام "هو بيان للحق بالنظر إلى ذاته"، وتعريف الحق بالمعنى الخاص "هو بيان للحق بالنظر إلى صاحبه".

---

(1) الزحيلي، وهبه : الفقه الإسلامي و أدلته،دار الفكر ، دمشق ، ط2 ، 1985م ،ج 4، ص9 .

(2) الحق و الذمة، ص 38.

- التركيز على معنى المصلحة في الحق، وهي في الحقيقة ثمرة الحق وليست الحق ذاته، إلا أنه يوجب الإشارة إلى مزايا هذه التعريفات من خلال النقاط التالية(1):

- أنه أشار إلى الاستحقاق لصاحب الحق على سبيل الاختصاص وهو جوهر الحق .

- أنه نص على مصدرية الحق وهو الشرع.

- أنه لم ينص على القسمة المشهورة للحقوق.

- أنه حاول الجمع بين جوهر الحق والاختصاص وثمرة الحق وهو المصلحة.

- أنه خرج عن التعريف اللغوي للحق، الذي كان يسود تعريفاته بين بعض الفقهاء.

التعريف الثاني

تعريف الشيخ الزرقا(2): "اختصاص يقرر به الشارع سلطة أو تكليفا(3)".

تحليل التعريف: شرح الشيخ الزرقا تعريفه على النحو التالي.

فالمراد بالاختصاص: هو علاقة تشمل الحق الذي موضوعه مالي كاستحقاق الدين في الذمة بأي سبب كان، والذي موضوعه ممارسة سلطة شخصية كممارسة الولي ولايته، والوكيل وكالته، وكلاهما حق للشخص فيجب أن يتناوله التعريف. وهذه العلاقة لكي تكون حقا، يجب أن يختص بشخص معين أو بفئة إذ لا معنى للحق إلا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه، وممنوعة عن غيره، فالثمن يختص به البائع و ممارسة الولاية يختص ا الولي أو الوكيل، فلا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصاص الذي هو قوامها وحقيقتها. وبذلك العلاقة التي لا اختصاص فيها، إنما هي من قبيل المباحات العامة،

---

(1) نظرية الحق، ص 47 -48.

(2) مصطفى الزرقا الشيخ الفقيه بن الشيخ الفقيه أحمد الزرقا بن الشيخ محمد الزرقا، ولد بحلب 1904 ،تلقى العلم عن والده و العلامة الفقيه النحوي أحمد المكتبي و الشيخ محمد الحنفي ،درس في كليتي الحقوق و الآداب العامة ، تولى التدريس في المدرسة الحسرونة ثم بكلية الحقوق ، كما درس في كلية الشريعة بدمشق و القاهرة والأردن ، له مشاركات عديدة في الملتقيات العلمية ، و ا امع الفقهية ،منح جائزة الملك فيصل العالمية للدراسات الإسلامية، من مؤلفاته "الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، فتاوى الزرقا . توفي 19 ربيع الأول 1429 .انظر ترجمته :مجد بن محمد مكي : شخصيات و أفكار ،مركز الراية دمشق ،ط 1 ،1425 ،،ص 343

(3) الزرقا ، مصطفى أحمد :المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي،دار القلم ، دمشق ، ط1999،1م ص 11 .

كالاصطياد والاحتطاب من البراري والغابات والتنقل في أجزاء الوطن، فلا يعتبر حقا بالمعنى المراد هنا و إنما هي رخصة ولكن إدا منح إنسان امتيازا باستثمار المباحات، فإن انحصرت به يصبح دلك حقا له. ثم إن هذا الاختصاص لا يكون معتبرا ما لم يعتبره الشرع، ولذا اشترط إقرار الشرع له، إذ لا حق إلا ما اعتبره الشرع حقا.

والمراد بالسلطة: ما يشمل سلطة شخص كحق الولاية على النفس، فهي للولي على القاصر إذ له حق تأديبه وتطبيبه، وتعلمه وغير دلك، والسلطة على شيء معين كحق الملكية، في سلطة على ذات الشيء ،كحق التملك بالشفعة وحق الانتفاع بالأعيان وحق الولاية على المال.

والمراد بالتكليف: تكليف الغير بأداء ما في عهدته لصاحب الحق. وهو عهدة شخصية كقيام الأجير بعمله، و إما عهدة مالية كوفاء الدين[1].

وقد حـاول التعريف تجنب الانتقادات التي وجـهت إلى غيره إذ تميز تعريفه للحق كونه اختصاص، وهذا أولى من المصلحة ، لأن الأخيرة ثمرة الحق وليست الحق ذاته، وأنه ليس بالضرورة أن تكون هناك مصلحة لصاحب الحق ، كما أن هذا التعبير بإقرار الشارع يحرج ما لم يقره الشرع، وهـذا التحديد لمصدر الحق في الشريعة مهـم للغاية، ومنـح الحق صاحبه سلـطة أو تكليفا من ناحية يوسع دائرة أصحاب الحقـوق لتشمـل الحقـوق الطبيعية والاعتبارية ، كما تشمل حقوق الله تبارك وتعالى، ومن ناحية أخرى يشمل التعريف جميع الحقوق[2].

فتعريف الأستاذ الزرقا تعريف جامع لما يراد بكلمة الحق في الاصطلاح الفقهي، مانع من دخول غيره فيه، ولذا اخترت تعريفة لسلامته من النقد .

الفرع الثالث: الحق في الاصطلاح القانوني.

---

(1) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، ص 11-12.
(2) نظرية الحق ، ص 51.

يعرف الحق في القانون بتعريفات مختلفة، و ذلك لتعدد مذاهبهم في النظر إلى العنصر الجوهري المؤثر في الحق نفسه.و أهم هذه المذاهب أربعة:

الحق في **المذهب الشخصي** (مذهب الإرادة): "هو قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون للشخص"[(1)].

وبناء على هذا التعريف، فان الحق لا يوجد إلا إذا أرده الشخص في حدود القانون. و قد وجه لهذا المذهب انتقادات من أهمها[(2)]:

أولا: أن جميع الشرائع السماوية والوضعية تثبت كثيرا من الحقوق لأشخاص لا إرادة لهم كا انين والأطفال غير المميزين، فلو كانت الإرادة جوهر الحق -على حد زعم أصحا ا -لكان الأولى بكل التشريعات أن تراعي هذا الأمر فتحرم هؤلاء من الحقوق، وهذا ما لم تفعله، بل وأجمعت على مخالفته.

ثانيا: أن الحق قد يثبت للشخص دون إرادته، بل و أحيانا دون علمه. فحق الإرث و حق الوصية لا يثبتان بإرادة صاحبهما، بل يثبتان بموت المورث أو الموصي، و الغائب قد يكسب حقوقا ليس دون إرادته فحسب، بل أيضا دون علمه.

ثالثا: يتفرع عن تسليم أصحاب هذا المذهب بأن جوهر الحق الإرادة، أنه يصبح من العسير الاعتراف بالحقوق الأشخاص المعنوية، إذ من الصعب القول بأن لهذه الأشخاص ما للشخص الطبيعي من القدرة الإرادية .

---

(1) انظر: الصده،عبد المنعم فرج : أصول القانون، مطبعة مصطفى البابي و أولاده بمصر ،ط1، 1965، ص 275 ـ 285، كيره،حسن :المدخل إلى القانون ،منشأة المعارف ، مصر ،ط1 ، 1969، ص411 ، البدراوي، عبد المنعم : المدخل للعلوم القانونية،دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ط1 ، 1994،ص440، أبو الليل إبراهيم الدسوقي ، نظرية الحق في القانون المدني،.الكويت،د.ط، 1994، ص15.

(2) انظر: كيرة ،المدخل إلى القانون، ص 312، البدراوي ،المدخل المدخل للعلوم القانونية، ص 441 الدسوقي : نظرية الحق في القانون المدني، 1994، ص16-18.

الحق في **المذهب الموضوعي**: "مصلحة يحميها القانون"[(1)] ويحلل زعيم هذا المذهب الحق إلى عنصرين، عنصر موضوعي أو مادي يتمثل في الغاية التي يحققها الحق لصاحبه، وهذه الغاية هي منفعة أو مزية، أما العنصر الثاني فهو عنصر شكلي، هو حماية القانون المتمثلة في الدعوى القضائية. فكل حق له غاية معينة يحققها لصاحبه، وهذه الغاية إذ نظرنا إليها وجدناها ذات قيمة مادية أو أدبية وإذا نظرنا إليها من ناحية شخصية وجدناها مصلحة معينة، وهذه المصلحة المادية أو الأدبية التي يهدف الحق إلى تحقيقها هي في الواقع جوهره. ثم يضاف إليها حماية القانون عن طريق الدعوى، و ذا يتم وجود الحق [(1)].

ومن أهم ما وجه إليه من انتقادات:

أولا : أن هذا المذهب يعتبر المصلحة معيار وجود الحق، والأمر ليس كذلك فلئن كان الحق مصلحة من المصالح فليس العكس صحيحا دائما، فهناك كثير من المصالح التي يمكن أن ترقى بعض الأشخاص إلى مرتبة الحق، ومثال ذلك ما يتعلق بفرض الرسوم الجمركية على الواردات الأجنبية حماية للصناعات الوطنية، فأصحاب هذه الصناعات تكون لهم مصلحة كبيرة في فرض الرسوم، لأ ا تحد من منافسة البضائع الأجنبية لبضائعهم، ورغم ذلك فلا تعطيهم هذه المصلحة حقا في فرض تلك الرسوم، كل ما في الأمر أ م يستفيدون منها إذ فرضت[(2)].

ثانيا : أنه يجعل الحماية القانونية جزءا من تعريف الحق، فكأن الحق لا يثبت إلا إذ كانت له حماية قانونية. و هذا لا يمكن التسليم به، حيث إن الحماية القانونية لاحقة على الحق ،فلا يمكن أن يقال :"إن ما يعتبر حقا هو كذلك، لأن القانون يحميه، بل الصحيح أن يقال إن القانون يحميه لأنه حق "[(3)].

ولذا نشأ المذهب الثالث، الذي أرد أصحابه الجمع بين المذهبين السابقين.

---

(1) الصدة : أصول القانون ،ص 286 ، كيرة : المدخل إلى القانون، ص 213 ،البدراوي : المدخل للعلوم القانونية، ص 442 ، الدسوقي : نظرية الحق في القانون المدني، ص19-20.

(2) كيرة : المدخل إلى القانون، ص 414، البدراوي :المدخل للعلوم القانونية ، ص 443، الدسوقي: نظرية الحق في القانون المدني، ص21.

(3) البدراوي : المدخل إلى القانون ، ص 443 ، كيرة : المدخل للعلوم القانونية، 415

المذهب المختلط، الذي أراد أصحابه الجمع بين فكرتي القدرة الإرادية والمصلحة، مع اختلاف في ترتيبهما، فمنهم من غلب عنصر المصلحة على عنصر الإرادة، ومنهم من غلب عنصر الإرادة على عنصر المصلحة. و لكنها كلها لم تخل من مظان النقص و القصور مما عرضها للنقد من فقهاء القانون[(1)].

ثم ظهر ما يسمى بالمذهب الحديث (**مذهب الاستئثار أو الاختصاص**)[(2)] الذي لقي القبول لدى أكثر الفقهاء حديثا.

وكان من أهم هذه التعريفات تعريف الفقيه القانوني (دابان) وهو:" اختصاص بقيمة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون" و بتعبير أكثر تفصيلا هو:"تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص سبيا للاستئثار والتسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص"[(3)] وبتعبير ثالث :"ميزة يحولها القانون الشخص و يضمنها بوسائله، بمقتضاها يتصرف في قيمة مالية معترف بثبو ا له، إما باعتبارها مملوكة له أو باعتبارها كمستحقة له"[(4)].

"ويمكن حصر العناصر الأساسية للحق في أربعة عناصر: الأول والثاني يدخلان في جوهر الحق، والثالث يعتبر من مقتضياته، و الرابع هو غايته[(5)].

ويجمع الأستاذ الصده هذه العناصر كلها في تعريف الحق في اية المطاف بعد تفصيله القول في العناصر السابقة فيقول:**"ثبوت قيمة مالية لشخص بمقتضى القانون،فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكلفها له القانون ،بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية**[(6)]، ويعترف بأنه لم يقتصر في

---

(1) حجازي ، عبد الحي :المدخل إلى دراسة العلوم القانونية ،مطبوعات جامعية ، الكويت ، د.ط، 1970م ص 89 ، الفار ، عبد القادر : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ،ط 1 سنة 1994 ، ص131

(2) ينسب هذا المذهب إلى القانوني البلجيكي جان دابان ،و قد نشره في مؤلفه الحق عام 1952، انظر: الدسوقي: نظرية الحق ، ص25.

(3) انظر :البدراوي: المدخل إلى القانون ، ص 450

(4) كيرة: المدخل للعلوم القانونية ، ص 421 ـ 422

(5) راجع الصدة : أصول القانون ، ص 277 ـ 280

(6) المرجع نفسه، ص 279 .

هذا التعريف على بيان جوهر الحق ، بل أضاف ما يعتبره من مقتضياته وكذلك الغاية من تقريره. فهو يتفق مع جمهور القانونيين المعاصرين في اعتبار جوهر الحق هو اختصاص شخص أو استئثاره بقيمة مالية معينة بمقتضى القانون، سواء كانت قيمة مالية أو غير مالية. و ہذا يتفق مع الأستاذ البدراوي الذي يقول في ہاية عرضه نظريات الحق :"و الواقع أن فكرة الحق تعني استئثارا أو اختصاصا لشخص بقيمة معينة.و لذا لا يجوز تعريف الحق في النهاية بأنه اختصاصا أو استئثار شخص بقيمة مالية أو أدبية معينة يمنحها القانون[(1)]".

من خلال التعريفات التي أوردت لفقهاء الشريعة و القانون، نجد أوجه اتفاق و اختلاف:

- فبالمقارنة بين معاني الحق عند الفقهاء والقانونين، نجدها تلتقي عند المعنى اللغوي" الموجود الثابت "وهو أساس لها كله، ولا تختلف إلا باختلاف المثبت، فهو إما الشرع وإما القانون، وهذا هو السبب في أن الفقهاء اكتفوا في تفسير الحق وفقا للمعني اللغوي ، فإن المثبت عندهم هو الشرع بداهة . والحق عند علماء القانون هو صلة شرعية بين الإنسان و المال- صلة وجوب و أداء -كما يتناول. في عرف رجال القانون الملكية والمملوك نفسه والقدرة على استيفاء المنفعة ويرون أن القانون والمنفعة متلازمان ، فالحق لا وجود له بغير القانون والقانون إذا وجد وجد معه الحق والذي عرفه بعض الفقهاء بأنه:"منفعة يحميها القانون"[(2)] .

ـ مدى تأثر الفقهاء المعاصرين إلى حد كبير بالمفهوم الغربي للحق باعتباره مصلحة، أو وسيلة لحماية مصلحة، غير أ ہم اختلفوا في إيراد الإشارة إلى مصدر الحق، حيث يرى الفقهاء أن مصدر الحق هو إرادة الشرع ومنشئه هو الله تعالى ، إذ لا حاكم غيره و لا تشريع سوى ما شرعه، وليس الحق في الإسلام طبيعيا مصدره الطبيعة أو العقل البشري[(3)]، فيما ركز الطرف الآخر على اعتبار أن القانون هو

---

(1) البدراوي :المدخل للعلوم القانونية، ص 450

(2) إمام، محمد كمال الدين :نظرية الفقه في الإسلام،المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر ،د ط، 1998، ص 385.

(3) الفقه الإسلامي و أدلته ج 4 ص6 .

مصدر الحق سواء من اعتبره مصلحة، أو ميزة، أو قدرة إرادية - إنما هو أمر يمنحه القانون، أو يحميه، وهذا يعني أن مرجع الحق هو القانون .

ثالثا : تعريف حق الامتياز اصطلاحا.

الفرع الأول: تعريف حق الامتياز في القانون المدني.

حقوق الامتياز أو الامتيازات أو الحقوق الممتازة اصطلاحا يعني إعطاء أولوية معينة لشخص معين أو لأشخاص معينين في استيفاء حقه، فهو يفيد بالضرورة عدم خضوع هذا الشخص لقسمة الغرماء فالامتياز في جوهره ليس إلا محاباة لدائن معين وتفضيله بالتالي على سائر الدائنين وعلى طائفة منهم، وهو ما يتفق مع معنى الأصل اللاتيني لكلمة امتياز فهي اشتقاق من عبارة أي القانون الذي يعمل من أجل الفرد[1].

عرف المشرع حق الامتياز droit privillege في المادة **982** م.ج بقوله" **الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين"مراعاة منه لصفته"**[2].

ويقابله في التقنينات المدنية العربية الأخرى ما يلي[3]:

-أبرز التعريف المذكور أن حق الامتياز يتضمن ما يلي:

---

(1) سلامة أحمد: دروس في التأمينات المدنية، دار النهضة العربية،د ط، سنة 1968، ص408.

(2) القانون المدني الجزائري، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1998.

(3) التقنين المصري، المادة 1130: الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون.

-التقنين السوري 1109 الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نـص في القانون.

-التقنين الأردني المادة 1424 الامتياز حق عيني تابع يخول الداني أسبقية اقتضاء حقه، مراعاة لصفته، ويتقرر بنص القانون.

-التقنين العراقي المادة 1361 الامتياز أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين، ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضـى نص في القانون.

-التقنين الليبي 1134 الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون للحق امتيـاز إلا بمقتضـى نـص في القانون.

ـ التقنين المغربي المادة 1243 :" الامتياز حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب الدين ".

أولا: أن الامتياز هو أولوية الدائن الممتاز في استيفاء حقه، وأولوية الحق لا تأتي إلا عن طريق السماح باستيفائه قبل غيره من الحقوق[1].

ويترتب على اعتبار الامتياز أولوية في استيفاء الحق الذي هو بالضرورة حق شخصي عدة نتائج:

-ألا يباشر الامتياز إلا عند التزاحم الدائنين، فلو كان صاحب الحق الممتاز هو وحده الذي يقوم بالتنفيذ على أموال المدين لما كان لتمسكه بالامتياز أي معنى.

-لا صفة للمدين كقاعدة عامة في المنازعة في قيام الامتياز أو إنكاره فالامتياز شرع لتمكين الدائن من غيره من الدائنين .

-يباشر الامتياز عند تحول أموال المدين إلى مبلغ من النقود، فله أولوية في الاستيفاء، ويترتب على ذلك أن صاحب الحق الممتاز لا يحق له أن يمنع المدين من التصرف في أمواله، ولا أن يمنع دائني المدين من توقيع الحجر على هذه الأموال.

ثانيا: الامتياز لا يتقرر إلا بنص قانوني[2] وفي ذلك تقول الفقرة الثانية من المادة 982 م.ج :"**ولا يكون للدين امتياز إلا** بمقتضى **نص** في **القانون**"، فالقانون هو مصدر حق الامتياز المباشر وهو الذي يتولى تعيين الحقوق الممتازة[3] ويترتب على هذا أنه لا يجوز للأفراد أن يقرروا وجود امتياز حق من الحقوق إذا كان الشارع لم يقرر امتيازهم للحق[4] .

---

(1) سلامة : دروس في التأمينات المدنية ، ص 309.

(2) مرقس، سليمان: حقوق الامتياز والحق في الحبس وفقا للتقنين المدني الجديد،المطبعة العالمية 1952،د ط، ص467.

(3) المقصود بالنص هو النص التشريعي، ومن تم فالعرف شأنه في ذلك شأن المصادر القانونية يعجز عن خلق الامتيـاز، فالمشـرع وحده يملك زمام الأمور لتعزيزه، انظر: سلامة دروس في التأمينات ص411.

(4) انظر: شنب لبيب: دروس في التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، 1974، ص156-157، العطار عبد القـاهر توفيق العطار: التأمينات العينية، د.ط، د.ن، ص266، مرقس: حقوق الامتياز، ص467 ، مرسي بك،محمد كامـل: التأمينـات الشخصية والعينية،مطبعة فتح الله إلياس توري، مصر1938 ، ص577 ، عبد الباقي عبد الفتاح: الوسط في التأمينات، دار النشـر للجامعات المصرية، سنة 1954، ط1، ص234.

ثالثا: الامتياز يتقرر لدين من الديون مراعاة لصفته هذا الدين دون اعتبار لشخص الدائن، فالمشرع يرى أن من الديون ما يختص بصفة خاصة تجعله في نظره جديرا بالرعاية فيكتنفه بحمايته ويوفر ضمان الوفاء به بتقرير امتيازه، ويترتب على هذا أن الامتياز يبقى ولو تحيز الشخص الدائن[1] .

- نقد التعريف:

كان التعريف القانوني محل للانتقاد من الوجوه الآتية:

الوجه الأول: ورود التعريف في التشريع عيبا فنيا فيه، فصياغة التعريفات هي ألصق بوظيفة الفقه منها بوظيفة المشرع[2].

الوجه الثاني: تعريف الامتياز بالأولوية، والحق أن الامتياز أكثر من أولوية، إذ هو يمنح صاحبه فضلا عن الأولوية في استيفاء دينه الحق في أن يتتبع المال المحمل بالامتياز بين يد من تنتقل ملكيته إليه ذلك باستثناء امتيازات معينة يحرم القانون صاحبها من التتبع فيها[3] .

الوجه الثالث: التعريف لم يبين ما يرد على الامتياز من أموال المدين[4] ولم يظهر منه أن الأصل في حق الامتياز أن يخول صاحبه من به التتبع.

لذا تعقب بعض شراح هذا التعريف بوضع تعريف جامع مانع لحق الامتياز بيانه: "سلطة مباشرة، يقررها القانون لمصلحة فئات معينة من الدائنين، مراعاة لصفات ديو م على جميع منقولات المدين وعقاراته أو على منقول معين أو على عقار معين منها، وتخول للدائن أن يتقدم دائنين غيره في استيفاء حقه من ثمن تلك الأموال في أي يد تكون[5] .

---

(1) عبد الباقي، عبد الفتاح: الوسيط في التأمينات، ص234،" التعبير بالديون الممتازة، أدق من التعبير بعبارة الدائنين الممتـازين"، انظر: مرسي بك محمد كامل، التأمينات الشخصية والعينية، ص577

(2) سوار الدين ،محمد وحيد : الحقوق العينية التبعية، دار الثقافة ،ط 1 ،2006 ، ص283.

(3) عبد الباقي:الوسيط في التأمينات العينية، ص232.

(4) مرقس: حقوق الامتياز، ص468.

(5) مرقس، حقوق الامتياز، ص468 ، عبد الباقي :الوسيط في التأمينات، ص273.

ومنهم من يعرفه باعتباره حقا عينا"[1] حق عيني يقرره القانون ضمانا لوفاء دين معين مراعاة منه لصفته[2] .

أما المشرع الجزائري فقد ضمن التعريف العنصر المشترك بين الامتيازات جميعا وهو التقدم، ولم يشأ أن يزج بنفسه في الخلاف الفقهي بشكل مباشر (هل حق الامتياز حق عيني أم لا[3] .

الفرع الثاني: مفهوم حق الامتياز في الفقه الإسلامي:

عرف الفقه الإسلامي مضمون حق الامتياز من خلال بيان أحكامه ووتقرير أسسه و قواعده، ولكنه لم يسمه بذلك الاسم، فحق الامتياز مصطلح قانوني يعبر عنه الفقهاء القدامى بالأولوية أو حق التقديم أو التقدم، و يعبر عنه بعض المعاصرين بحق الرجحان[4]، أو حق التوثيق الشرعي[5] .

ولا مشاحة في الاصطلاح، فالعبرة بالمعنى وليس باللفظ والمسمى، فقد احتوى الفقه الإسلامي مصطلحات متقاربة المعنى للامتياز، وثيقة الصلة به، كما أن هناك فروعا كثيرة مدونة في كتب الفقه لها حق الأولوية على غيرها من الحقوق عند التزاحم ، هي نظائر لهذا الحق ، وليس أدل على ذلك مما سنرى لاحقا من تقدم بعض الحقوق على غيرها عند التزاحم، وهي في معنى الامتياز.

ولم يفرد الفقهاء لموضوع الامتياز بابا خاصا كغيره من المسائل الفقهية، وإنما عالج أحكامه في فروع وجزئيات متعددة في مختلف الأبواب الفقهية تتناول غالبا أبواب التالية:

---

(1) الحق العيني: هو سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي يستطيع بمقتضاها الاستئثار بقيمة مالية معينة فيه، انظر: الدسـوقي ، نظرية الحق في القانون المدني، ص263.

(2) سوار الدين، الحقوق العينية التبعية، ص283. حيث عرفت المادة 2424 من القانون المدني الأردني حق الامتياز "بأنه حق عيني تابع يخول الدائن أسبقية اقتضاء حقه، مراعاة بصفته".

(3)راجع هذه المسألة في المبحث الثاني من خصائص حق الامتياز، ص 49

(4) الزرقا ، مصطفى أحمد : المدخل الفقهي العام، دار الفكر ،بيروت ،ط 9 ،1968، ص24 .

(5) انظر: السيد عبد نايل، أحكام الضمان العيني والشخصي، مطابع جامعة الملك سعود، ط.1419، ص298، حسان حسـين حامد، الرهن الوارد على غير الأعيان، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العددين الثالث والرابع السـنة الأربعـين 1971، ص120.

-باب الحجر، بصدد قسمة مال المدين المحجور على بسبب الإفلاس، أو بعد موته عند تزاحم الديون على المدين المفلس.

-باب التركات، عند ترتيب الحقوق المتعلقة بالتركة، إذ تتعلق ا حقوقا يقدم بعضها على بعض.

ورغم أن الفقهاء بينوا أحكام حق الامتياز بالتفصيل في مواضيع متفرقة من الأبواب الفقهية، إلا أني لم أقف تعريفا جامعا يصور ماهيته، ولعل من أسباب عدم وضع تعريف له:

-أن حقوق الامتياز حقوق متفرعة و مختلفة الأنواع باختلاف المحل الذي ترد عليه مما يصعب و ضع تعريف جامع لخصائصها.

-أو لوضوح فكرة حق الامتياز عندهم حيث لم يضعوا لها تعريفا، بل اكتفوا ببيان أحكامها في الفروع الفقهية المختلفة.

إلا ما قد ورد من تعريفين في معنى الامتياز عند بعض الفقهاء: بأ ا حق يثبت للدائن أسبقيته على غيره في استيفاء دينه من مال المدين. أو هي حق الدائن في استيفاء دينه قبل غيره من الغرماء[(1)].

فالتعريف أبرز ما يتضمنه حق الامتياز من مزية الأسبقية التي يوفرها هذا الحق للدائن في استيفاء حقه، متقدما على غيره من الغرماء، إلا أ ا اقتصرت على الحقوق الموثقة برهن .

وقد رأيت أن أضع تعريفا للامتياز باعتبار المعنى العام و المعنى الخاص على ضوء ما استخلصته من أحكام حق الامتياز ، لأن الامتياز لفظ يطلق على نطاق واسع الدلالة في الفقه الإسلامي، فهو يشتمل الحقوق المالية وغير المالية وبعضها أخص من بعض، ونتيجة لذلك سيلاحظ القارئ أن الموضوعات التي تناولتها هذه الأطروحة تتألف من موضوعات مختلفة في الفقه، لذا قسمته من الناحية التطبيقية إلى أربعة فصول رئيسية: هي امتياز الديون وامتياز الأعيان وامتياز المباحات وامتياز الحقوق غير المالية.كما أنه لا يخفى أنه لا بد للمعرف من قيود يستوعبها في التعريف حتى يعد تعريفا جامعا مانعا .

---

(1)راجع هذا المعنى في: الطحاوي ، أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الحجري في حاشيته على الدر المختار،ت: أبو الوفا الأفغاني ، دار إحياء التراث، ط1، 1987م، ج4، ص266، عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد: منح الجليل على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت د.ط.1409هـ، ج4 ص198.

تعريف حق الامتياز بالمعنى العام:

يمكن تعريف حق الامتياز باعتبار المعنى العام هو **:"الحق الذي له أولوية التقدم** في **الاستيفاء على سائر الحقوق** لمصلحة **معتبرة شرعا "**.

وتعريف الامتياز بالمعنى الخاص ـ **باعتبار نوع الامتياز ـ :**

عرفه الشيخ الزرقا بأنه :"حق ممنوح لأنواع معينة من الديون، أن تستوفى قبل غيرها، إما من جميع أموال المدين أو من جزء معين من أمواله، ولا يستحق هدا الحق إلا عند تزاحم عدة حقوق على الاستيفاء من مال معين ولأحدها حق التقدم على غيره "[(1)].

وعرف وهبه الزحيلي الامتياز بأنه:" أولوية لصاحب الحق على سائر الدائنين العاديين"[(2)]. ذكره بصدد بيان خصائص كل من الحق العيني و الحق الوصفي، إلا أنه بعرفه كميزة يتقدم فيها الدائن المر ن على غيره من الدائنين العاديين .

وعليه يمكن صياغته بأنه**:" هو حق الدائن** في **استيفاء دينه قبل غيره من الغرماء،** لمصلحة **معتبرة شرعا "**.

وبالمقارنة بين التعريف الفقهي و القانوني لحق الامتياز، نجد أن هناك وجه اتفاق ووجه اختلاف بين كلا الفقهين يمكن إبرازها على النحو التالي:

فكلا الفقهين يتفقان على تقرير فكرة حق الامتياز، ويختلفان فيما يلي :

- ففي الفقه القانوني يعرف حق الامتياز باعتباره حق عيني، أما الفقه الإسلامي يعرفه كميزة يتقدم فيها الدائن على غيره من الدائنين العاديين، في اقتضاء حقه.

- اقتصار حقوق الامتياز في القانون المدني على الديون خاصة، أما في الفقه الإسلامي فهي شاملة الحقوق المالية وغير المالية. وترجع أسباب ذلك إلى:

---

(1)المدخل الفقهي العام،ج 3 ،ص 23 .

(2)الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص2851 .

- أن الفقه القانوني يقتصر على استعمال الحق في مجال الالتزام حيث يتناول إلا الحقوق الثابتة للناس بعضهم على بعض بمقتضى القانون، أي ذات قيمة مالية يجوز التصرف فيه بنقله إلى شخص آخر مما يدل على اعتباره مالا اصطلاحا منه، بينما الفقه الإسلامي اعتمد في استعماله لفظ الحق وضعه اللغوي ودلالته العامة، فكان مفهوم الفقه الإسلامي للحق أعم منه في القانون الوضعي[1] .

المطلب الثاني: أصل نشأة حق الامتياز، تنظيمه التشريعي ومشروعيته.

الفرع لأول: أصل نشأة حق الامتياز.

مصطلح الامتياز مصطلح واسع النطاق في النظام القانوني ومتنوع، فهو يشمل وفق التشريعات، والمذاهب المعاصرة أمورا كثيرة كمنح الألقاب وحق التأميم وحق الإدارة[2] .

أولا : في **القانون الروماني**

أما أصل نشأة امتياز الديون يرجع إلى القانون الروماني، الذي عرف أول صورة لحق الامتياز وهو حق الامتياز العام الذي يرد على جميع أموال المدين الموجودة عند التنفيذ، سواء أكانت عقارا أو منقولا، ولم يكن يعطى لصاحبه حق تتبع أي مال يخرج من ذمة المدين مما يجعله أقرب لوصف الالتزام منه إلى الحق العيني الذي يقرر لصاحبه حق التتبع[3].

فالامتياز عند الرومان لم يكن حقا عينيا بل كان لا يتجاوز في مداه مجرد منحة يمنحها القانون لبعض الدائنين العاديين على بعضهم الآخر، مراعاة منه لصفة ديو م وبمقتضى هذه المنحة، كان يتقدم الدائن الذي له حق امتياز في استيفاء حقه على غيره من الدائنين[4] .

---

(1)راجع : الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 12.

(2) السعيدان، أحمد عبد الرزاق، القانون والسيادة وامتيازات النفط، مقارنة بالشريعة الإسلامية، مركز دراسات الوحدة العربيـة، ط1، 1996، **ص**27.

(3) زهران همام محمد محمود، التأمينات العينية و الشخصية، منشورات دار المعرفة، الاسكندرية، 1999م، ص646، عبـد البـاقي :الوسيط في التأمينات العينية، ، ص 335ـ336، سوار الدين، الحقوق العينية التبعية، ص227.

(4) انظر: سفر أحمد: التأمينات العينية، بيروت، د.ط. 2003، **ص**329، عبد الباقي , الوسيط في التأمينات، ص335.

ويري البعض الأحر أن تنظيم حقوق الامتياز باعتباره ميزة قانونية يمنحها المشرع لحق معين - مراعاة منه لصفته- في استيفائه من ذمة المدين متقدما على غيره من الدائنين - لم تتناوله مصادر تاريخ القانون، والقانون الروماني بشكل خاص.

فقد عرف القانون الروماني نظام الرهن و لهم فيه صور منها نظام الرهن الحيازي، والرهن بدون حيازة، ولكن هذه النظم كلها هي غير نظام حقوق الامتياز[1].

وإن كان هناك نظام يقترب منه إلى حد ما وهذا النظام ما يسمي بدعوى أحذ رهينة - وهي من الوسائل التنفيذية التي تتمثل في حق الدائن في الاستيلاء على مال مملوك للمدين وحجزه لدي الدائن كرهينة، ويمارس بواسطته ضغطا على المدين لإجباره على وفاء التزامه تجاه دائنيه، ويتم ذلك دون اللجوء إلى الحاكم أو ضرورة حصول الحاكم على حكم سابق بالدين .

ثانيا: في القانون الفرنسي القديم:

وفي مستهل عهد القانون الفرنسي القديم، لم يكن الامتياز إلا للمعني الذي كان له عند الرومان، أي لم يكن يتضمن إلا مجرد أولوية تمنح للدائن العادي على غيره من الدائنين العاديين. أما الدائن المر ن فكانت له أولـوية على من له حق الامتيـاز ثم تغيرت طبيعة الامتياز تدريجيا من مجرد أولوية على الديون العادية إلى أولوية على ديون المر ن. وما إن جاء القرن الثامن عشر حتى ارتفع الامتياز إلى مرتبة الحق العيني وصار الدائن الذي له حق امتياز متقدما على جميع دائني مدينه، حتى المر نين منهم فجاءت مجموعة نابليون و أخذت بنظام حق الامتياز بالشكل الذي انتهي إلى التطور في

(1) رجيب ، بيان يوسف :حقوق الامتياز دراسة مقارنة في قوانين العربية مع فقه الشريعة الإسلامية،دار الثقافـة ،ط 1 ،2009 ، ص33 .

أخر عهد القانون الفرنسي وأتت المادة 2095 فرنسي[1] بتنظيم حق الامتياز معرفة إياه بأنه:"حق يمنحه صفة الدين للدائن في التقدم على غيره من الدائنين المر نين منهم[2]" .

كما أظهر التطور في ظل القانون الفرنسي ظهور حق الامتياز الخاص على عقار معين من أموال المدين، ثم ظهور حق الامتياز الخاص على المنقول، فكان حق الامتياز أقرب إلى الحق العيني باعتباره يتقرر على مال المدين و يخول صاحبه الحق في تتبعه[3].

وهذا ما يتعلق إجمالا بامتياز الديون.

ثالثا : في الفقه الإسلامي:

لم تكن حقوق الامتياز غريبة عن الفقه الإسلامي، فإننا نجد فيه أنواعا من الحقوق الممتازة في مواضيع مختلفة، مما يؤكد القول بأن نظام الامتياز كان معروفا في الفقه الإسلامي. ويظهر ذلك جليا في تفاصيل الأحكام التي قرر ا نصوص الشريعة ودونتها أحكام الفقهاء استنباطا واجتهادا في تقرير حق الامتياز، إذ تعتبر هذه النصوص خير دليل على تطبيقاته.

فقد عرف الفقه الإسلامي أنواعا مختلفة من الديون الممتازة كرد الحقوق أو إدراكها بعينها كما في قوله ρ:" من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره ".مما يعني اختصاص الدائن بعين ماله -دون غيره من الغرماء- متقدما على سائر الدائنين عند التزاحم.

كما دلت بعض الفروع الفقهية على منح امتيازات خاصة كإحياء أراضي لا مالك لها أو تحجيرها أو منح إقطاع التنقيب عن المعادن الباطنية واستغلالها مثل الذهب والفضة والحديد والنحاس، أو المعادن الظاهرة كالنفط والكبريت والماء [4].

---

(1) Art « 2095 » le privilège est un droit que la qualité de la créance donne a un créancier d'être préfère aux autres créanciers même hypothécaires.

(2) سوار الدين : الحقوق العينية التبعية ص 227، عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، ص335-336.

(3) زهران: التأمينات العينية و الشخصية، ص 646.

(4) القانون و السيادة و امتيازات النفط ،35 .

وهي مصطلحات فقهية تدل على منح أولوية وأسبقية [1].للممنوح له. وهو حق امتياز في الفقه الإسلامي بمعناه العام.

وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن الفقه الإسلامي عرف حقوق الامتياز وبين أحكامها وأرسى قواعدها، بما لا يخرج ولا يقصر عن تنظيم هده الحقوق في القانون الوضعي في عصره الحديث .

يقول وحيد الدين سوار:"لم تكن فكرة حقوق الامتياز غريبة عن الفقه الإسلامي، ونحن نجد فيها بعض الديون الممتازة مبعثرة في مواضيع مختلفة ومن هذه الديون:

1-دين الزكاة، فقد جاء في كتاب الأم أنه " إذا مات الرجل، وقد وجبت في ماله زكاة وعليه دين، وقد أوصى بوصايا، أخذت الزكاة من ماله قبل الدين والميراث والوصايا.

2-نفقة تجهيز الميت، إذ تقدم النفقة الكافية للشخص وزوجته وعياله على قضاء ديونه بقدر الضرورة.

3-نفقة تجهيز الميت، إذ تقدم على قضاء ديونه"[2]

وهذا خلافا لما ذكره القاضي حسين حمدان أن الفقه الإسلامي لم يتعرض لحقوق التأمين وحقوق الامتياز[3] ولعل إنكاره لذلك، أن الفقه الإسلامي لم يعرف حق الامتياز كحق عيني ،كما هو منصوص عليه في القانون المدني.

كما نظمت مجلة الأحكام العدلية[4] تقنين هده الحقوق، و تولى على حيدر[1] شرحها في المادة **999** المتعلقة بالحجر على المدين المفلس.

---

(1) العبادي : الملكية في الشريعة الإسلامية ، ج 1 ،ص 300 .

(2)سوار الدين : الحقوق العينية التبعية ،ص 377 .

(3) انظر: القاضي حمدان : التأمينات العينية، منشورات الحلبي ، بيروت ط 2 ،2003م ،ص 10.

(4) وهي من أهم مجلات تقنين الفقه الإسلامي وفق المذهب الحنفي في العهد العثماني، اشتملت ا لمة 1851 مادة، وهي مزيج من القواعد الأصولية و الفقهية و من فقه المعاملات و مسائل الدعاوى وأحكام القضاء، وكان العمل ا ثماني سنوات من خلال عام 1286 ـ 1293. ولها شروحات عديدة .راجع :القبج،سامر مازن : مجلة الأحكام العدلية مصادرها و أثرها في قوانين الشرق الإسلامي، دار الفتح للدراسات والنشر ،ط 1 2008 ،ص 48 .

يقول على حيدر، وهو الذي استخدم هذا المصطلح بهذا المعنى "الديون الممتازة" بعض ديون المفلس تكون ممتازة فلا يدخل أصحابها في الغرماء، وهي:

أولا: ثمن المبيع، وذلك كما لو اشترى أحد مالا، لكن قبل أداء الثمن للبائع وقبض المبيع وأصبح المشتري مفلسا فللبائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفى الثمن، حتى أن المشتري المذكور لو قبض المبيع بلا إذن البائع فللبائع حق بأن يسترد المبيع ويحبسه إلى أن يوفى الثمن ولا يدخل البائع في هذه الصورة في تقسيم الغرماء، أما لو قبض المشتري المبيع بإذن البائع وأفلس بعد ذلك فيدخل في تقسيم الغرماء، هذا إذا كان ثمن المبيع معجلا، أما إذا كان مؤجلا فلا يدخل مع الغرماء في الحال، بل بعد حلول الأجل يشارك الغرماء بما قبضوه، وليس له استرداد المبيع.

ثانيا: الدين في مقابل الرهن، وذلك كما لو رهن مدين مالا له في دين عند آخر قبل الحجر عليه بسبب إفلاسه، فيما أن دين المرتهن ممتاز فلا يتدخل الغرماء في الرهن ما لم يؤد هذا الدين[(2)].

وجاء فيه أيضا: والديون التي تثبت في مرض موت المريض على نوعين:

الأول: الديون الممتازة فإذا قبضها الدائن من المدين المريض فليس لصاحب دين الصحة أن يشاركه في مقبوضه، كبدل المقروض المبيع، وأجرة مسكن المريض وملبسه وبدل علاجه وأجرة طبيبه.

النوع الثاني: الديون غير الممتازة، فإذا قبضها الدائن من المدين المريض فلصاحب الصحة أن يشاركه في مقبوضه، كالمهر الذي قبضته الزوجة"[(3)].

الفرع الثاني: التنظيم التشريعي لحق الامتياز

أولا: في القوانين العربية

---

(1) على حيدر أفندي الكبير أحد أحفاد حضرة نصوحي، وهو من كبار العلماء ، فقيها ، أديبا مؤرخا ، جمع بين رئاسة المجمع الأعلى للمعارف و بين مديرية الجماعة الإسلامية في المشرق في محافظة رومية، من مؤلفاته: شرح المجلة ورسالة تتعلق بالخصومات المذهبية بين المسلمين . توفي بتاريخ 1312هـ، دفن في مقام جده نصوحي أفندي. انظر ترجمته: القبح سامر :مجلة الأحكام العدلية مصادرها و أثرها في قوانين الشرق الإسلامي ،ص 61 ـ 62 .

(2)حيدر على : درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية ، دار الجبل ، بيروت ، ج3، ص721 .

(3)المرجع السابق .

لم يكن حق الامتياز وليد التشريعات، وإنما ظهر في القوانين القديمة ، ذلك أن القانون الروماني عرف مثل هذه الحقوق في عصره، كما ظهرت حقوق الامتياز في القانون الفرنسي. أما التشريعات العربية فهي حديثة النشأة، فقد نظمت أحكام حقوق الامتياز ضمن تنظيمها للضمانات العربية كالتشريع السوري ، المصري، أو ضمن الحقوق العينية التبعية كالتشريع المغربي و التونسي و الجزائري و الأردني.

وقد أتي القانون المصري[(1)] القديم مقلدا أحكام القانون الفرنسي فيما يتعلق بحقوق الامتياز، بيد أن نصوصه في هذا الصدد أتت مقتضبة اقتضابا كبيرا ـذه النصوص التي تكاد تكون مجرد سردا للديون الممتازة مما يضطر إلى الرجوع إلى أحكام القانون الفرنسي الذي هو المصدر المادي لتشريع القديم[(2)] وقد جمع التقنين الملغي أكثر الحقوق الممتازة ،سواء كان امتيازها عاما أو خاصا وسواء وقع الخاص منه على عقار أو منقول، في نص رئيسي واحد هو المادة **727/61** ثم أعقبه بنصين أحدهما في امتياز متقاسم العقار والآخر في امتياز مصروفات الصيانة في العقار والمنقول، ثم أورد نصا ثالثا يشير فيه إلى حقوق الامتياز التي قرر ا القوانين الخاصة، وقد خص التقنين الجديد حقوق الامتياز بالباب الرابع من الكتاب الرابع، فتناولها في فصلين، أحدهما للأحكام العامة والآخر لبيان أنواع الحقوق الممتازة، وأدخل في هذا الباب إصلاحات كثيرة أحملتها المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي [(3)] .

ثانيا :في القانون المدني الجزائري .

نظم التقنين المدني[(4)] أحكام حقوق الامتياز في الباب الرابع، من الكتاب الرابع، الخاص بالحقوق العينية التبعية[(1)] أو التأمينات، حيث تناولها المشرع في فصلين عقد أولهما للأحكام العامة، والثانية لبيان أنواع

---

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج7، ص285، راجع: مرقس :حقوق الامتياز،ص465 ـ 466 .

(2) عبد الباقي : الوسيط في التأمينات العينية، ص336 ،مرسي بك : التأمينات الشخصية والعينية، ص575.

(3) القاضي حمدان :التأمينات العينية ،ص 432 ـ 433 .

(4) القانون المدني الجزائري، وزارة العمل، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1998، Code civil، فضـيل العـيش :قـانون الإجراءات المدنية و القانون المدني وفقا للتعديلات الأخيرة 2007 ، مطبعة الطالب ، د,ط ،2007 . -

الحقوق الممتازة وأفردها بمواد من المادة 982 إلى المادة 1001 (20مادة) وهي المواد التي تنتهي ا نصوص ا موعة المدنية.

وقد أورد المشرع في الأحكام العامة تعريف حق الامتياز وقسمها إلى حقوق امتياز عامة وخاصة، وميز في الخاصة منها حقوق الامتياز الواقعة على المنقول وحقوق الامتياز الواقعة على العقار، وبين أحكام كل النوعين تم ختم الباب بانقضاء حق الامتياز وبيان المشرع لأحكام حقوق الامتياز تجعله موضوعا متناسقا تنظمه فكرة منسجمة ومتناسقة[(2)] .

وتجدر الإشارة إلى أنه توجد نصوص أخرى في غير هذا الباب تناولت حق الامتياز وإلى ذلك تشـير المادة 989 م.ج بقولها:"الحقوق المبينة في المواد التالية تكون ممتازة، إلى جانب حقـوق الامتيـاز المقـررة بنصوص خاصة"نذكر منها :

- امتياز نفقات التجهيز الميت في قانون المواريث.
- امتياز الوكيل بالعمولة على البضائع المرسلة أو المسلمة إليه أو المودعة.
- امتياز المقاول والعمال على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل.
- امتياز نفقات تصفية التركة.
- امتياز نفقات المحامي.
- امتياز التعويض عن إصابات العمل.

الفرع الثالث: مشروعية حق الامتياز

قامت أدلة كثيرة على اعتبار حق الامتياز من الكتاب والسنة والإجماع، والمعقول، سأكتفي بذكر البعض منها على سبيل التمثيل:

---

(1) هي الحقوق التي تنشأ لضمان الوفاء بحق شخصي ، و يسمى بالحق التبعي ، لأنه لا يقوم مستقلا بذاته بل يوجد تبعـا لحـق شخصي ،دلك أن الحق الشخصي كحق المقرض في مبلغ القرض يقتصر على تخويل صاحبه مكنة إجبار المدين على الوفاء له بحقه ، دون أن ترتب له سلطة مباشرة على شيء معين مملوك للمدين و تكون جميع أموال المدين ، دون تحديد أو تمييـز ضـامنة للوفـاء بالحقوق الشخصية . راجع :منصور ،جسين : نظرية الحق ،ص 64 ,

(2) السعدي، محمد صبري : الواضح في شرح القانون المدني الجزائري -التأمينات العينية- دار هومة، ط1، 2009، ص 333 .

أولا: الأدلة النقلية.

أ- : من الكتاب.

1-قال تعالى: ((🕮❒❍⍓🖃❻ ❒◆🖅⇦➔⇖❏🕾⬩☺⇦&⬋⌶⭘

☽⍰♌⬀ ❶⬩🕓🕾🙰⌨⍓ ⍰❼ 🖅⍰❷♦⑩ℯ🙰⎐🙰⌶⭘

⭘ 🗐☽⍰🕒⇳🖬■🕔⬩☯🙰🙰 🕮❒❻◆✁⑩⇦❒⊞✁☎))[1].

وجه الدلالة في الآية: أعطت الآية الزوج حق إرجاع زوجته في مدة عد ا، وجعلت حقه في إرجاعها مقدما على حقها في الرفض، وهذا امتياز حقه.[2].

ويقول القرطبي[3] "لفظ أحق بطلق عند تعارض حقين ويترجح أحدهما، فالمعنى حق الزوج في عدة التربص أحق من حقها بنفسها، فإ ا إنما تملك نفسه بعد انقضاء العدة، ومثال هذا في قوله υ الأيم أحق بنفسها من وليها[4].

ويقول ابن العربي[5] قوله تعالى(أحق) هو أفعل من الحق، وأفعل لا يدخل إلا بين شيئين مشتركين، لأحدهما في المعنى الذي اشتركا فيه مزية على الآخـر

فيحلى بأفعل[6].

2-قال تعالى: "**من بعد وصية يوصى بها أو دينٍ غَير مضار وصيةً من الله والله عليم حليم**"[1].

---

(1) البقرة: 228- 228.

(2) وهذا من أقوى الحقوق المعنوية ، انظر: حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي، ص53 .

(3) هو أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي ، من كبار المفسرين ، كان فقيها محدثا، أخد عن أبي العباس صاحب المفهم و غيره، وحل إلى المشرق و استقر بمصر ، توفي سنة 617 هـ ، من كتبه : الجامع لأحكام القرآن و التذكرة. انظر ترجمته : مخلوف محمد : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر ، بيروت ، د.ط ،ص 197 .

(4)القرطبي ، أبو عبد الله محمد بن أحمد ، الجامع الأحكام القران ،ت : محمد إبراهيم الحفناوي ، دار الحـديث، القـاهرة ، ط 2 ،1992ج 3 ص 123 .

(5)هو محمد بن عبد الله بن أحمد بن العربي، يكنى أبو بكر الأشبيلي،وُلد عام ثمان وستين وأربعمائة من الهجرة ببلده أشبيلية، وقـرأ القراءات، ثم رحل إلى مصر والشام وبغداد ومكة، وكان يأخذ من علماء كل بلد يرحل إليه، حتى أتقن الفقـه والأصـول وقيـد الحديث واتسع في الرواية. كان ابن العربي فائقة في الحديث والفقه، متقدماً في المعارف كلها، متكلماً في مختلف أنواعها، ، وكـان فصيحاً، حافظاً، أديباً، شاعراً، من مؤلفاته: "أحكام القرآن المسالك في شرح موطأ مالك. المسالك في شرح موطأ مالك. العواصـم من القواصم، انظر ترجمته: شجرة النور الزكية، ص221.

(6)ابن العربي ، محمد بن عبد الله ، أحكام القران ، ت : علي بيجاوي ،دار الفكر ، بيروت ،ط 3،1999، ج 3 ص 587 .

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة أن استحقاق الوراثة للتركة يأتي في مرتبة بعد الوصية والدين. وفي هذا إقرار لامتياز حق الدائن[2] على حق الموصى له في الوصية، وحق الموصى له امتياز على حق الورثة.

ب- من السنة: وردت أحاديث نبوية كثيرة، تتضمن معنى حق الامتياز منها:

1-ما وراء الإمام البخاري عن أبي هريرة τ قال رسول الله ρ: **"من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره"**[3].

وفي رواية للإمام مسلم فهو أحق به من الغرماء"[4]

وجه الدلالة في الحديث:

يقول ابن حجر[5] "فهو أحق به من غيره، أي كائنا من كان وارثا وغريما، و بهذا قال جمهور العلماء"[6]. فالحديث دل على امتياز الدائن الذي يجد عين ماله عند المدين المفلس على بقية الدائنين باستيفاء حقه من مالية تلك العين.

- عن أبي هريرة τ عن النبي ρ قال:**"خير الصدقة ما كان عن ظهر غني، وابدأ بمن تعول"**[1].

---

(1)النساء :12.

(2) انظر الصنعاني: سبل السلام في شرح بلوغ المرام، ت : محمد البيانوني وجليل إبراهيم ، مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ،الرياض ، ط1، 1408 هـ، ج 2 ص 157 .

(3)أخرجه البخاري في صحيحه ،كتاب الاستتقراض ، باب إذا وجد ماله عند عند مفلس في البيع و القرض و الوديعة، فهو أحق به، حديث وقم : 2402,

(4)أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة والمزارعة ،باب من أدرك ما باعه عند المشتري و قد أفلس فله الرجوع فيه، حديث رقم 1559.

(4)هو أحمد بن علي بن محمد بن علي، أبو الفضل ابن حجر العسقلاني ، ولد سنة 773 هـ ، صاحب التصانيف الجليلة منها : فتح الباري ، الإصابة ، تهذيب التهذيب و تقريبه ، توفي سنة 852 هـ .انظر ترجمته: شذرات الذهب ، ج 9 ص 395 .

(6) لبن حجر العسقلاني ،أحمد بن على : فتح الباري شرح صحيح البخاري ،الطبعة السلفية،ط3، 1407 هـ ،ج 5 ،ص 78 .

وجه الدلالة:

بين الحديث الشريف أن نفقة الإنسان على من يعوله مقدمة على الصدقة، وأولى النفقة نفقة الإنسان على نفسه، ثم الأقرب فالأقرب، يقول الإمام البخاري ومن تصدق وهو محتاج أو أهله محتاج أو عليه دين، فالدين أحق أن يقضي من الصدقة والعتق والهبة وهو رد عليه، ليس له أن يتلف أموال الناس"[(2)].

- وفي رواية عن جابر أن النبي ρ قال لرجل "**ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا**"[(3)] [(4)].

يقول الإمام النووي[(5)] معلقا على الحديث الشريف في هذا الحديث فوائد منها ابتداء في النفقة بالمذكور على هذا الترتيب، ومنها أن الحقوق والفضائل إذا تزاحمت قدم الأوكد فالأوكد"[(6)].

يقول الشوكاني وحديث جابر فيه دليل على أنه لا يجب على الرجل أن يؤثر زوجته وسائر قرابته بما يحتاج إليه في نفقة نفسه، ثم إذا فضل عن حاجة نفسه شيء فعليه إنفاقه على زوجته، وقد انعقد الإجماع على وجوب نفقة الزوجة،ثم إذا فضل عن ذلك شيء فعلى ذوي قرابته "[(7)]

- عن أبي هريرة τ عنه أن رسول الله ρ قال:" إذا قام أحدكم، وفي حديث أبي عوانة " من قام من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به "[(8)].

---

(1)أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الزكاة ،باب لا صدقة إلا عن ظهر غني ، حديث رقم 1426 .

(2) فتح الباري ،ج 3 ص 345 .

(3) أي يمينا وشمالا كناية عن التصدق الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار الحديث ، د.ط، ج 6 ص 281 .

(4)رواه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، حديث رقم : 977 .

(5) هو أبو زكريا محي الدين بن شرق بن مري النووي الشافعي، الإمام المحدث الفقيه، برع في الفقه والحديث و اشتهر بما، من مؤلفاته: المنهاج ، المجموع و تهذيب الأسماء و اللغات، توفي سنة 769هـ. انظر ترجمته: السبكي: طبقات الشافعية الكبرى،ت: محمود الطناحي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، مصر، ط 2 ، 1992م، ج 8، ص 395، الزركلي : الأعلام، ج8، ص149.

(6).النووي، أبو زكريا يحي بن شرف الدين : صحيح مسلم بشرح النووي، دار المعرفة، بيروت، ط2 ، 1985، ج7، ص 83 .

(7) نيل الأوطار، ج 6، ص281.

(8) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب إذا قام من مجلسه ثم عاد فهو أحق به، حديث رقم 2179 .

وجه الدلالة: يقول النووي:" هذا الحديث فيمن جلس في موضع من المسجد أو غيره لصلاة ثم فارقه ليعود ،لم يبطل اختصاصه بل إذا رجع إليه فهو أحق به في تلك الصلاة، فإن كان قد قعد فيه، فله أن يقيمه، وعلى القاعد أن يفارقه لهذا الحديث"[(1)].

فالحديث أعطى امتيازا في ا لمس لكل من يليه في القدوم[(2)].

ج- من الإجماع.

أجمع العلماء على أن المر ن يقدم في استيفاء دينه من ثمن المرهون وذلك لأن حقه متعلق بالعين و الذمة معا، فكان أقوى ونقل الإجماع صاحب الشرح الكبير حيث قال :"ولا نعلم في ذلك خلافا "[(3)]

ثانيا: الأدلة العقلية

- من المعقول

أن حق المر ن أقوى من غيره ،لأن دينه يتعلق بالعين تعلق استيفاء وقد حبست لوفاء دينه وقوة الدين تقتضى عقلا تقدمه على غيره من الديون إذ الدين الأقوى يقدم على غيره في الاستيفاء وغيره يتعلق بذمة المدين فقط دون العين"[(4)].

- من القواعد العامة:

يمكن أن نخرج حق الامتياز على مقتضى قاعدة جلب المصالح و درء المفاسد ، لأنه جاء لتحقيق مصالح العباد، والمصلحة مرعية في الدين ،تبنى عليها الأحكام ، لأ ا من مباني العدل و الحق .

---

(1) صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 14 ص 162 .

(2) هذا الحق ليس ماليا، وهذا يدل على أن حق الامتياز في الفقه الإسلامي ليس مقتصرا على الحقوق المالية وإنما يتناول غيرها من الحقوق المعنوية.

(3) ابن قدامة المقدسي: المغني، ت: عبد الله التركماني وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، بيروت ، ط4، 1999، ج 4، ص499.

(4) المرجع نفسه .

يقول العز بن عبد السلام[1] :" أما مصالح الآخرة ومفاسدها، وأسبا ا فلا تعرف إلا بالشرع، فإن خفي منها شيء طلب من أدلة الشرع، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس المعتبر والاستدلال الصحيح، وأما مصالح الدنيا وأسبا ا، ومفاسدها وأسبا ا فمعروفة بالضروريات والتجارب والعادات و الظنون المعتبرات، فإن خفي شيء من دلك طلب من أدلته، ومن أراد أن يعرف المناسبات والمصالح و المفاسد، راجحهما ومرجوحهما، فليعرض دلك على عقله بتقدير أن الشرع لم يرد به ثم يبني عليه الأحكام ، فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبد الله به عباده ولم يقفهم على مصلحته أو مفسدته ، و بذلك تعرف حسن الأعمال و قبحها "[2].

المبحث الثاني: حق الامتياز،أقسامه ، خصائصه، أسس تقريره في القانون المدني والفقه الإسلامي.

نخصص هذا المبحث لبيان أقسام حق الامتياز، خصائصه، وأسس تقريره، متعقبين ذلك في المطالب الآتية: نتناول في المطلب الأول أقسام حق الامتياز باعتبار المحل الذي ترد عليها حقوق الامتياز، ومن حيث وجوب إشهارها، وفي المطلب الثاني خصائص حق الامتياز التي تنصرف إلى آثاره وفي المطلب الثالث أسس تقريره، وذلك في كل من القانون المدني والفقه الإسلامي.

المطلب الأول: أقسام حق الامتياز فقها وقانونا.

الفرع الأول: تصنيفات حق الامتياز في القانون المدني.

أولا: من حيث المحل.

(1) هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم الدمشقي ، أبو محمد عز الدين الملقب بسلطان العلماء ،فقيه شافعي ولد سنة577 هـ و نشأ في دمشق ، اشتهر بالأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، من كتبه : التفسير الكبير، قواعد الأحكام و غيرها ، توفي بمصر سنة 660 هـ، دفن بالقرافة . انظر ترجمته :ابن العماد: شذرات الذهب ، ج 7 ،ص 522 .

(2) العز بن عبد السلام : قواعد الأحكام في إصلاح الأنام ، ت " نزيه حماد ، دار القلم دمشق ، ط 1،2001، ج 1 ، ص 13 ـ 14 .

اتخذ المشرع من المحل[1] الذي يرد عليه حق الامتياز معيارا لتقسيمه، فقد نصت المادة 984 م.ج على أنه :**"ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين".** وترتب على هذا التقسيم اختصاص كل طائفة من أنواعه الثلاثة بطبيعة مختلفة وبخصائص معينة.

ولقد قسم المشرع حقوق الامتياز إلى أنواع ثلاثة:

ـ **حقوق امتياز عامة** ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار بغير تخصيص لمال معين. ولقد حدد القانون المدني نطاق هذه الحقوق في المادة 984 م.ج التي جاء نصها بالاتي: **"ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار".**

بما يعني أن الحقوق المضمونة بالامتياز العام لا تختص بمال معين - أو أموال معينة - بل إن وعاءه جميع ما لدى المدين من أموال المدين سواء أكانت تحت يده أم تحت يد غيره من المدينين له، وهذه الحقوق لا ترتب لصاحب الحق الممتاز حق التتبع، بل له أن يتقدم على جميع أموال المدين عند التنفيذ على أمواله،و لو كانت هذه الأخيرة موثقة برهن رسمي، أو حق امتياز عقاري [2].

وقد حدد المشرع حقوق الامتياز العامة في المادة : **990 -991 - 992 - 993** مدني و أوردها مرتبة فيما بينها بحسب درجة امتيازها وهي[3]:

- امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العامة
- امتياز المصاريف القضائية

---

(1)بقصد بمحل الحق : ما ينصب عليه مضمون ذلك الحق، و هو الذي يقصد به أيضا وعاء الأفضلية، فيما يخص التأمينات على العموم. انظر: منصور إسحاق إبراهيم، نظرية القانون والحق وتطبيقا ا في القوانين العربية، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، 1993م، ص247 .و محل الحق هو دوما شيء فيما يخص الحقوق العينية ، يقول السنهوري في هذا الشأن :"الشيء غير المال فالمقصود بالمال : الحق المالي الذي يرد على الشيء ، و الشيء هو محل هذا الحق"، انظر: الوسيط، ج 8 ص 9 . إلا أنه جرى العرف على إطلاق مال للدلالة على الأشياء.

(2)الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ص348، سوار الدين: الحقوق العينية التبعية، ص286، رجيب: حقوق الامتياز، ص65، السنهوري: الوسيط، ج10، ص926، مرقس : حقوق الامتياز،ص472.

(3)الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، ص349.

- امتياز حفظ المنقول و ترميمه

- المبالغ المستحقة للعمال.
- المبالغ المستحقة للخدم و الكتاب و كل أجير أخر.
- المبالغ المستحقة عما تم صرفه للمدين و لمن يعوله من مأكل أو ملبس
- المبالغ المستحقة في ذمة المدين عن ديون النفقة .
- وتقع حقوق الامتياز العامة الواردة في المادة **993** م.ج في مرتبة واحدة مهما كان تاريخ نشأة هذه الحقوق.

- **حقوق الامتياز الخاصة على المنقولات**[1]: وهي حقوق ترد على منقول معين أو منقولات معينة، و هي نوعان :

الأول: هو حقوق الامتياز للمصروفات القضائية، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة، امتياز مصروفات صيانة المنقول وحفظه.

الثاني : وهو حقوق الامتياز الآتية :

- امتياز مصروفات الزراعة
- مؤجر العقار على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة
- امتياز حقوق صاحب الفندق على أمتعة النزيل
- امتياز بائع المنقول
- امتياز متقاسم المنقول

ولقد حدد المشرع حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول في المواد :(994 ـ995- 996 ـ997 ـ 998) مدني.

(1) سوار الدين: الحقوق العينية التبعية ،ص 315 ،السنهوري : الوسيط، ج10، ص933، مرقس: حقوق الامتياز، ص473، رجيب: حقوق الامتياز، ص66-67، السعدي: الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ص349.

ووجه الامتياز الذي تقدمه هو الأفضلية في استيفاء الحق من ثمن هذا المنقول بالأسبقية على غيره من الديون بحسب الرتبة التي يحددها المشرع من حق تتبعها في أي يد تكون، إلا أن هدا الامتياز يتأثر بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية . فإذا كان لشخص حق امتياز على منقول ثم حازه آخر بموجب سند صحيح وبحسن نية، فإن ذلك يطهره بما يثقله من امتياز وينص على هذا الحكم المادة 985 م.ج "لا يحتج بحق الامتياز على من حاو المنقول بحسن نية ".

و يعتبر حائزا بحكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة للمنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة للأمتعة التي يودعها ال لاء.(1)

ـ **حقوق الامتياز الخاصة على العقار:** وهي حقوق ترد على عقار معين أو عقارات معينة من عقارات المدين و أصحاب هذه الحقوق وفقا للقانون المدني :

- امتياز بائع العقار
- امتياز المتقاسم في العقار
- امتياز المقاول و المهندس المعماري على البناء

ولقد حددها المشرع في المواد (999 - 1000 - 1001) مدني.

وهذه الحقوق تقرر للدائن حقا عينيا تبعيا على العقار و يلزم م شهره كشرط لنفادها، ثم تخوله تتبع محل حق الامتياز ولقد أحال المشرع بخصوص أحكام الامتياز الواقعة على العقار إلى أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق و تنص على دلك المادة 986 م.ج :" تسري على حقوق الامتياز العقارية، أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هده الحقوق ".(2)

ثانيا: من حيث وجوب إشهارها(3):

(1)الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، ص 349 .

(2)الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ص341-342، رجيب، حقوق الامتياز، ص67-68، سوار الدين ، الحقوق العينية التبعية، ص287، السنهوري، الوسيط، ج10، ص934، مرقس : حقوق الامتياز،ص 373

(3) يقصد بالإشهار أن يتطلع صاحب الحق الممتاز السلطات على الأوراق الرسمية المثبتة أن هذا المال مثقل بالامتياز لصالحه، انظر: محجوب الكندري، التأمينات العينية، ص356.

تنقسم حقوق الامتياز من حيث وجوب شهرها إلى قسمين:

القسم الأول: حقوق امتياز يجب شهرها [(1)] .

يعد الإشهار من شروط ثبوت حق الامتياز لصاحبه، ويكون ذلك في حق الامتياز الذي يرد على العقار، لا المنقول، والذي يكون للأفراد لا للدولة، وذلك لأن المنقول معفى من التسجيل.

وحقوق الامتياز العامة غير معفاة من التسجيل ويشمل القسم الأول: امتياز بائع العقار ويشمل القسم الثاني ديون الخدم والعمال ودين النفقة والمبالغ المستحقة عما صرف للمدين ولمن يعوله، وظاهر هذه الامتيازات العامة واجبة التسجيل في حق العقار فقط[(2)] .

القسم الثاني: حقوق الامتياز لا يجب إشهارها.

وهي حقوق الامتياز الخاصة التي ترد على منقولات المدين، وبعض حقوق الامتياز العامة التي أعفاها المشرع من التسجيل، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ورسوم ونفقات البيوع القضائية على عقارات معينة ونصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة 986م ج بقولها **:" غير أن حقوق الامتياز العامة و لو كانت مترتبة على عقار لا يجب فيها الإشهار ولا يثبت فيها حق التتبع ولا حاجة للإشهار أيضا** في **حقوق الامتياز العقارية الضامنة، بمبلغ مستحق للخزينة العامة ....".** وحقوق الامتياز الخاصة لا يجب شهرها، لأن ذلك متعذر وعسير بالنسبة إلى حقوق الامتياز الخاصة على المنقولات، فليس كل منقول يمكن إثبات تعلق الحق الممتاز به بالأوراق الرسمية، وعلى ذلك فعد الإشهار شرط للاستحقاق متعذر[(3)] . أما بالنسبة إلى حقوق الامتياز العامة فيما ترد من امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة على عقار، فإن شهرها ممكن عمليا ولكن القانون قد تجاوز عنه نظرا لتفاهة الديون المضمونة بالنسبة إلى قيمة العقارات الواردة عليها([4]).

الفرع الثاني: أقسام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي.

---

(1)سوار الدين ، الحقوق العينية التبعية، ص287.

(2)سوار الدين ، الحقوق العينية التبعية، ص287، مرقس : حقوق الامتياز،ص 373 ، المسنهوري : الوسيط ج 10 ، ص 610 .

(3) سوار الدين ، الحقوق العينية التبعية، ص287.

(4)المرجع نفسه .

من تتبع نطاق حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي، نجدها تشمل الحقوق المالية[1] و الحقوق غير المالية[2].

فباعتبار الأموال التي تتقرر عليها حقوق الامتياز: فإ ا قد ترد على أموال المدين كلها، وقد ترد على جزء معين من أمواله، سواء كان هدا الجزء مالا منقولا أم مالا عقاريا، فلا فرق بين العقار والمنقول في توثيق الديون بأموال المدين . و لكن يجب أن يكون المال قابلا للبيع [3]. حيث يتحدد محل[4] الامتياز ا .

فقد يكون محل الحق مالا معين من أموال المدين، ويظهر ذلك في الديون العينية، التي تتعلق بعين من أعيان مال المدين كالحق المتعلق بالعين المرهونة ليستوفي المر ن دينه من العين بالأفضلية على غيره من الدائنين ويلحق ا حق الدائن في حبس المبيع وفاء لثمنه، وحق المستأجر في حبس العين المؤجرة وفاء للمنفعة إذا عجل بدفع الأجرة على نحو ما ذكره الفقهاء في هذه المسائل .

وقد يتعلق محل الامتياز بجميع أموال المدين ، دون أن يتحدد بمال معين، كما في الامتيازات المقررة لنفقات تجهيز الميت من تركته سواء كان المال دينا أو عينا، حيث تقدم هذه النفقات على الديون و الوصايا و حقوق الوراثة.

---

(1) الحقوق المالية هي الحقوق التي تقوم بالمال، فيكون محلها المال وتنظم العلاقات المالية بين الشخص وغيره، وتتميز ع سائر الحقوق الأخرى بأ ا تقبل التنازل، وبأ ا تقبل الانتقال من شخص إلى آخر، وبصلاحيتها لأن تكون محل للتعاون.راجع: عصام أنور سليم، نظرية الحق، د ط. د ن.2007، ص30.

(2) الحقوق غير مالية ليست ذات قيمة مالية فهي لا تظهر في عناصر ثروة الشخص، وهي ليست أموال، ثم إن هذه الحقوق لاصقة بشخصية صاحبها، فلا يجوز بيعها ولا هبتها ولا المقايضة عليها، فهذه الحقوق لا تدخل في دائرة التعامل ولا يجوز للدائنين الحجز عليها بخلاف الحقوق المالية. راجع : عصام أنور سليم، نظرية الحق، ص30. الدسوقي: نظرية الحق في القانون المدني، ص375.

(3) أحكام الضمان العيني و الشخصي ، ص 303 .

(4) المقصود بالمحل هو الجهة التي تحدد لنا جهة الاستيفاء في الحق، و في القانون يعبر عنه بالوعاء و قد يتعلق بعين معينة من أموال المدين و قد يتعلق بالذمة دون أن يتحدد فيتقرر عليها و يتحدد ا انظر: السنهوري : مصادر الحق ، ج1، ص 34 .

والامتيازات الواردة على جميع أموال المدين عقارية كانت أو منقولة ، لا يفرق الفقه الإسلامي بين هذين النوعين الأموال من حيث التصرف ـما إلا أنه يميز بينهما من حيث المفهوم[1].

أما حقوق الامتياز غير المالية كامتياز حق الولي والوصي وامتياز الأم بحق الحضانة وحق الزوج في الرجعة .....الخ فهي حقوق لها صفة الامتياز يتمتع صاحبها بالأولوية في استيفاء حقه قبل غيره من المستحقين.حيث يتعلق محل الحق بالذمة دون أن يتحدد ـا، فيتقرر حق الامتياز عليها.

يلاحظ مما سبق ذكره في أقسام حقوق الامتياز في القانون المدني، والفقه الإسلامي:

-أنى نطاق حقوق الامتياز يتقرر في كلا الفقهين على المال إلا أن الفقه الإسلامي ليس مقتصرا على الحقوق المالية فقط، وإنما هو شامل لها ولغيرها من الحقوق غير المالية .

1- أن الفقه الإسلامي لا يقسم حقوق الامتياز التقسيمات التي يعتمده القانون من تقسيمها إلى حقوق امتياز عامة وأخرى خاصة بالمنقول وثالثة خاصة بالعقار، إلا أن الأخذ بالمفهوم القانوني للفظ الامتياز العام الذي يقع على جميع أموال والامتيازات الخاصة الواقعة على العقار أو المنقول، هي الضمان

---

(1)للفقهاء اصطلاحان في بيان المقصود من العقار و المنقول، أحدهما للحنفية، والأخر للمالكية. فعند الأحناف المنقول: هو ما يمكن نقله و تحويله من مكان إلى آخر، سواء أبقي على صورته وهيئته الأول، أم تغيرت صورته وهيئته بالنقب و التحويل، ويشمل العروض التجارية و أنواع والمكيلات والموزونات و بذلك يكون المنقول عندهم ما سوى الأرض لأن العقار عندهم الأرض فقط .

العقار : هو الثابت الذي لا يمكن نقله و تحويله أصلا من مكان إلى آخر كالدور و الأرض. فيلاحظ من تعريف الحنفية أن البناء و الزرع و الشجر لا تعد عقارا إلا تبعا للأرض، فلو بيعت الأرض المبنية أو الشجر أو المزرعة، طبقت عليه أحكام العقار على ما يتبع الأرض من البناء ونحوه، أما لو بيع البناء وحده أو الشجر وحده من غير الأرض فلا تطبق عليه أحكام العقار، فالعقار لا يشمل إلا الأرض والمنقول يشمل ما عداها انظر: فتح القدير ج 6 ، ص 215 .

عند المالكية :المنقول: ما أمكن نقله و تحويله من مكان إلى آخر مع بقائه على هيئته و صورته الأولى وعليه يكون الشجر والنخيل عند المالكية عقارا و ليس منقول لأن تحويلها يكون بتغيير صور ـا. العقار: ما لا يمكن نقله و تحويله أصلا كالأرض أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته و هيئته عند النقل، كالبناء و الشجر، فالبناء عند هدمه يصير أنقاضا و الشجر يصبح أخشابا، انظر: بداية ا ـتهد ج2، ص64 . حاشية الخرشي: ج4، ص 45 .

وتقسيم الأشياء إلى عقارات و منقولات يعتبر من أهم تقسيمات الأشياء و أقدمها ، و قد ذكر المشرع تعريف العقار في المادة 683 م .ج " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول " . راجع : الدسوقي : نظرية الحق في القانون المدني ، ص 208 .

العام في توثيق الديون من مال الدين كلها ،سواء كان مالا منقولا أم مالا عقاريا ، دون التفرقة بينهما في توثيق الديون بأموال المدين في الفقه الإسلامي.

- أن الفقه الإسلامي لا يقيم حواجز فاصلة بين الأموال سواء كان مالا منقولا أم مالا عقاريا من حيث التصرف إلا أنه يميز بينهما من حيث المفهوم.

المطلب الثاني: خصائص حق الامتياز في القانون المدني والفقه الإسلامي.

الفرع الأول: خصائص حق الامتياز في القانون المدني

من خصائص الحق الممتاز الذي تنصرف إلى آثاره هي العينية والتبعية وعدم القابلية للتجزئة، ونتناول هده الخصائص بالتفصيل:

أولا :حق الامتياز حق عيني

الامتياز حق عيني ، لأنه في الأغلب الأعم من حالاته يخول الدائن سلطة مباشرة على شيء معين بذاته، بحيث أنه يولي صاحبه على غرار الحقوق العينية الأخرى حقي الأفضلية و التتبع . لكن القول بأن الامتياز حق عيني ، فإنه لا يلقى اعتراضا بالنسبة إلى حقوق الامتياز الخاصة التي ترد على مال معين بذاته ، إلا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة إل حقوق الامتياز العامة التي ترد على جميع أموال المدين المنقولة ،فإنه يخول الدائن سلطة الأولوية فقط [(1)].

فذهب بعض الفقهاء إلى ترجيح جانب العينية، وقرروا أن الامتياز حق عيني يمنح الدائن سلطة على الشيء المحمل به يمكنه من استيفاء دينه بالتقدم على غيره في أي يد يكون، ولما كان الامتياز كذلك، فإنه يمنح صاحبه ميزتي الحق العيني الأساسيتين وهما التقدم والتتبع، والقاعدة في الامتياز أنه يعطى حق

(1) زكي : التأمينات الشخصية والعينية، ص498 -499، السنهوري: الوسيط ، ج 10 ص921، شنب : دروس في التأمينات العينية و الشخصية ، ص 158 -159، العطار : التأمينات العينية ص 267.

التتبع، ولكن القانون هو الذي يتولى حرمان بعض أنواع الامتياز منها، وذلك كما في حالة الامتيازات العامة[(1)].

ويقوم هذا الرأي مستندا على أن القانون يعالج مسائل الامتيازات في المكان الذي يتكلم فيه عن التأمينات العينية، الأمر الذي يرجح اعتبارها كذلك، كما يؤد ذلك الاعتبار ما درجت عليه أحكام القضاء في فرنسا[(2)].

ومال البعض الآخر من الفقهاء إلى نفي الصفة العينية عن حقوق الامتياز. وإلى اعتبار الامتياز صفة خاصة تلحق ببعض الديون فتكفل الإخلال بقاعدة المساواة[(3)]، وهي ـذا تختلف عن التأمينات العينية التي ترد على عين معينة بالذات، يقتضي الدائن حقه منها بالأفضلية على ما سواه، فهي على هذا النحو تعتبر حقوقا شخصية خاصة إذا باشرها الدائن على المنقول[(4)].

وذهب رأي ثالث إلى نفي الصفة العينية عن حقوق الامتياز العامة فقط، لأن محل هذه الحقوق ليس مالا معينا بالذات بل جميع أموال المدين، ولأن الامتياز العام لا يخول الدائن المر ـن سلطة تتبع أي مال يخرج منها، ومن ثم فحقوق الامتياز هي أوصاف للحق الشخصي الذي تضمنه ، أما حقوق الامتياز الخاصة ، فالراجح أ ـا تعد حقوقا عينية تبعية لأ ـا ترد على مال معين من أموال المدين و تخول الدائن سلطة التتبع إذا خرج المال من ذمة المدين[(5)].

---

(1)عبد الباقي: الوسيط في التأمينات العينية ص 656، مرسي بك: التأمينات العينية، ص159.، مرقس: حقوق الامتياز، ص470، محمد على إمام: التأمينات الشخصية والعينية، ص566، السنهوري: الوسيط ج10، ص 922 ، العطار : التأمينات العينية، ص267 ،سلامة : دروس في التأمينات المدنية، ص410 .

(2)السنهوري: الوسيط ،ج 10 ، ص 922.

(3)شمس الدين الوكيل: نظرية التأمينات في القانون المدني المصري، ص 567 ،السنهوري : الوسيط ج 10 ص 299 ، شنب : دروس في التأمينات العينية و الشخصية ص 159 ، زكي : التأمينات الشخصية و العينية ص 499.

(4) مرقس، حقوق الامتياز، ص 470 .

(5)شنب : دروس في التأمينات، ص159 ..، السنهوري: الوسيط، ج10، ص299، تناغو سمير : التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، د. ط، 2008م ص 330، العطار : التأمينات ص267.

والراجح أن طبيعة الامتيازات متنوعة وفقا لتنوع أوعيتها، وهي قد ترد على العقار وقد ترد على المنقول، وهي قد لا ينظر إليها على أ ا حق عيني، لأ ا ترد على جميع أموال المدين، كما أ ا لا تخول صاحبها سلطة التتبع، والحق العيني لا يتضرر وجوده إلا إذا كان معينا بالذات، ثم أن من أهم مظاهر ورود الحق العيني على الشيء ذاته تلك الميزة التي يستأثر ا، وهي ميزة التتبع، التي قد لا توجد دائما[1].

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر الامتياز حقا عينيا تبعيا، فهو قد تناوله في الباب الرابع من الكتاب الرابع بعنوان الحقوق العينية التبعية ، و إن كانت بعض الامتيازات لا تعتبر واحدا من الحقوق العينية فإنه لا مانع من اعتبارها وصفا للحق الذي تقتضيه أي ميزة تعطى لشخص بمجرد ميزة لا ترتقي إلى أن يكون لها كيان قانوني مستقل[2].

ثانيا :الامتياز حق تابع:

ومن خصائص أسباب الامتياز ، أ ا حقوق تابعة، لأن وجودها يستلزم وجود التزام أصلي تضمنه، وشأ ا في ذلك شأن الكفالة، وهذا الالتزام الأصلي يصح أن يكون مبلغا من النقود، كما يصح أن يكون محله التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل أو نقل حق عيني كما يصح أن يكون الالتزام الأصلي مقرونا بأجل أو معلقا على شرط، وعليه فهده الحقوق توجد لضمان الالتزام الأصلي، ويترتب عليه تبعيته لهدا الدين وجودا وعدما، فيبقى ببقائه ويزول بزواله، بحيث إذا ما تم الوفاء بالدين المضمون، أو حكم ببطلانه ينقضي الامتياز ويزول تبعا لذلك [3]

ثالثا: الامتياز حق لا يقبل التجزئة.

---

(1) مرقس، حقوق الامتياز، ص 470 .

(2)راجع : سلامة : دروس التأمينات المدنية ص 311 .

(3) السنهوري: الوسيط، ج10، ص 924، سفر: التأمينات العينية ص332، عبد الباقي: الوسيط في التأمينات العينية، ص 656 ، كامل مرسى : التأمينات العينية ، ص 382.

أي أن حق يبقى على الشيء المثقل به ما بقى جزء من الدين المضمون لم يوف به، فكل جزء من الشيء المثقل بالامتياز يبقى ضامن لكل الدين الممتاز، وكل جزء من الدين المزود بالامتياز، مضمون بكل الشيء، وعدم التجزئة من مستلزمات الامتياز فيجوز الاتفاق على تخصيص جزء من الشيء لوفاء بعض الدين[1].

رابعا : مصدر حق الامتياز

الامتياز حق يقرره المشرع في نص خاص، فهو حق قانوني، كما جاء في المادة 982 م.ج "**ولا يكون امتياز إلا بمقتضى نص قانوني** " ومن خلال المادة، نجد أن الامتياز لا بتقرر إلا بنص في القانون ولا يجوز أن ينشأ الامتياز بإرادة الأفراد ولا بحكم القاضي[2]. فالمشرع وحده هو الذي يجعل الحق ممتازا، وهو الذي يحدد مرتبته بين حقوق الامتياز، وذلك مراعاة لصفته وليس لصاحب الحق، وهو الذي له دون غيره تغيير رتبة الحق الممتاز .

كما أنه لا يمكن التوسع في هدا ا ال عن طريق القياس، فلا يجوز أن يعتبر دينا ممتازا لأنه يشبه دينا خص القانون على أنه من الديون الممتازة، لأن القاعدة العامة تقضي بالمساواة بين الدائنين في استياء حقوقهم من جميع أموال المدين من غير تفضيل أحدهم على الآخر، في حين النصوص التي تقرر الامتياز نصوصا استثنائية يعطى صاحبه الأولوية في استيفاء دينه الممتاز قبل غيره من الدائنين ، ومعلوم أن الاستثناء لا يقاس عليه و لا بتوسع قيه[3]. وهذا عكس ما ذهب إليه سمير تناغو حيث يرى مصدر حق الامتياز يشمل بجانب التشريع اللائحة والقرار الإداري كما أن القضاء إدا تواترت أحكامه له مكنة تقرير امتياز لحق من الحقوق، كما أن النصوص المنظمة لحقوق الامتياز تخضع للقواعد العامة في التفسير ويصعب القول أ ا نظام استثنائي[4].

---

(1) السنهورى : الوسيط ج 10، ص 425، سفر : التأمينات العينية ، ص 332 .

(2) المرجع نفسه، ج10، ص 658 .

(3)السنهوري، الوسيط، ج10، ص658، وجيب : حقوق الامتياز ص 418 ـ 419 ،زكي : التأمينات الشخصية و العينية ص 436ـ 437 ، سوار الدين : الحقوق العينية التبعية ص 284 ، سفر : التأمينات العينية ص 332 ـ 333 .

(4) تناغو : التأمينات العينية و الشخصية ص 290 ـ 291

الفرع الثاني: خصائص الامتياز في الفقه الإسلامي.

من تتبع نطاق حقوق الامتياز في مختلف الفروع الفقهية، نجد أن لها خصائص مشتركة بين أنواع الحقوق الممتازة، وخصائص متميزة، تختلف باختلاف محل الامتياز.

فهي من ناحية الأموال الواردة عليه يمكن القول أ ا ذات طبيعة عينية وشخصية في نفس الوقت ومن ناحية الامتياز بوصفه حق، نجد أنه تقرر للتوثق، وهذا يدل على أنه حق تابع كما أنه لا تتجزأ- ويمكن تفصيل تلك الخصائص على النحو الآتي:

- أولا : مصدر حق الامتياز.

حق الامتياز في الفقه الإسلامي مصدره نصوص الشارع الحكيم المستمدة من الكتاب والسنة والإجماع. قد يكون النص هو مصدر الامتياز مباشرة، كما في امتياز صاحب المتاع في مال المفلس، وكما في امتياز الدين عن الوصية ، وكما في امتياز الأم بحق الحضانة .

وقد يكون مصدر الامتياز هو نص الشارع لا على سبيل مباشر ، بل عن طريق سبب يرتب الشارع عليه أحكام الامتياز، حيث تقوم الإرادة بدور السبب الذي يرتب الشارع عليه أحكامه ، ذلك أن مصدر الحق فيه هو نص الشارع ، غير أن نص الشارع قد يقيم الحق مباشرة وقد يرتب وجود الحق على سبب معين ومثال ذلك: الامتياز المقرر للديون العينية ، كما في امتياز الرهن فإن مصدره نص الشارع، وسببه إرادة المتعاقدين، إذ هو عقد ينعقد بالإيجاب والقبول. لكن الشارع رتب وجود الحق على سبب معين وهو الإرادة كسبب يرتب الشارع عليه أحكامه في إطار ما ورد به الدليل، وعلى هذا النحو يتحدد دور الإرادة كسبب في إيجاد حق الامتياز[1] .

ثانيا: الامتياز، ذات طبيعة عينية ودينية.

---

(1)النجار، عبد الله مبروك محمد عبد العزيز :الامتياز.أولوية استيفاء الديون، ص86.

إذا تأملنا حقوق الامتياز باعتبار الأموال التي تتقرر عليها، نجد أ ا قد ترد على الأعيان والديون، فهي قد ترد على العين كما في الرهن، حيث يقرر الفقهاء أن حق الراهن على العين المرهونة يقدم على غيره من الغرماء وكما في حبس المبيع، فلو باع شخص سلعة بثمن معلوم ولم ينقده المشتري الثمن، فحبس البائع السلعة عنده، فإن البائع يكون أحق بالسلعة من الغرماء وكذا في حبس العين المؤجرة وفاء للمنفعة ، إذا عجل بدفع الأجرة و غيرها من الديون العينية [1]

وقد يرد الامتياز على الديون، كما تكلم الفقهاء عنه في مواطن متعددة، يقول الطحاوى:" واعلم أن ديون العباد ثلاثة: قوى يوسط وضعيف، أما القوى فهو كالحقوق المتعلقة بعين من أعيان التركة، والوسط ما يثبت بالبينة أو الإقرار في الصحة أو بالمعاينة في المرض، والضعيف ما يثبت بالإقرار في المرض، والديون يرجع بعضها على بعض من هذه الوجوه[2]:

وقد نقل الشوكاني:" إن إجماع الأمة من عهد الرسولρ منعقد على أن الدين مقدم على الوصية[3].

وقد اتضح من استقراء نصوص الفقهاء أن الامتياز قد يثبت على العين، وقد يكون على ذمة الدين على نحو ما سنذكره، وإن هذا لا يثير خلافا بين الفقهاء.

فالامتياز من ناحية تعلقه بالمال ذات طبيعة عينية ودينية.

ثالثا : الامتياز حق تابع.

لا ينشأ الامتياز مستقلا لذاته بل ضمانا لدين في ذمة المدين، وهو لهذا تتبعه في وجوده فتحقق له التوثيق المطلوب الذي يجعله يتقدم على غيره في الاستيفاء، وقد عبر الفقهاء عن امتياز المر ن بثمن الرهن بقولهم:"أن الرهن شرع وثيقة للدين"[4] ولهذا فإن الدين الأصلي إذا انقضى، انقضى الامتياز. يقول صاحب الهداية:" ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون، لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء

(1) راجع الفصل الثالث من امتياز الأعيان .
(2) حاشية الطحاوي- ج 4 ص 367.
(3) نيل الأوطار ، ج 6 ص 53 .
(4) ا موع، ج 12 ص 196.

يتلو الوجوب ولهذا فإن المر ن يطالب بدينه أولا فإذا قضاه دينه قبل أن يسلم الرهن إليه لأنه زال المانع، من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه[1].

ويقول الخرشي[2]:" الرهن وثيقة عند المر ن على حقه الثابت في ذمة الراهن، فله حبسه إلى أن يستوفى حقه منه"[3].

يقول الشيرازي[4]:"يجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين، وهو أن يرهن بالثمن بعد البيع" هو يعوض القرض بعد القرض ويجوز عقده مع العقد على الدين، وأن يشترط الرهن في عقد القرض، وعقد البيع، لأن الحاجة تدعو إلى شرطه بعد ثبوته وحال ثبوته، فأما شرطه قبل العقد فلا يصح، لأن الرهن تابع للدين فلا يجوز شرطة قبله"[5] .

ويقول ابن قدامة[6]:" الرهن وثيقة بحق لا يلزم قبله، لأن الرهن تابع للحق فلا يسبقه"[7].

---

(1) راجع: المرغيناني ، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل : لهداية شرح بداية المبتدى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د. ط ،ج 7 ص 196 ، البابرتي ، كمال الدين محمد بن محمود : شرح العناية على الهداية ، ج 8 ص 300

(2) هو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي و الخرشي نسبة إلى قرية يقال عنها أبو خراش بمصر، كان فقيها فاضلا، وهو أول من تولى مشيخة الأزهر ، من مؤلفاته : حاشية على متن خليل . انظر ترجمته : شجرة النور الزكية، ص317 .

(3) الخرشي، أبو عبد الله محمد : حاشية الخرشي على نختصر خليل ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1 ، 1998 م ،،ج 5 ص 236.

(4) هو إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق جمال الدين الشيرازي، ولد فيروز آبادي بفارس ، أحد أعلام الشافعية، قرأ على الفقيه على يد أبي عبد الله البيضاوي و غيرهم و لزم القاضي أبا الطيب إلى أن صار معيده في حلقاته، من مؤلفاته : المهذب ، النكت في الخلاف و التبصرة في الأصول. انظر ترجمته: طبقات الشافعية، ج 3 ص 77.

(5)الشيرازي، أبو إسحاق : المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ت : محمد الزحيلي ، دار القلم ،دمشق، والدار الشامية بيروت ، د. ط، 1992 .

(6)هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن نصر بن عبد الله المقدسي ، من أهل جماعيل من قرى نابلس ، شارك مع صلاح الدين الأيوبي في محاربة الصليبيين، رحل إلى بغداد لطلب العلم ثم عاد إلى دمشق ، سمع من هبة الله الدقاق و غيره،من مؤلفاته : المغني في الفقه، الكافي، المقنع، روضة الناظر . انظر ترجمته : ابن رجب : زين الدين أبي الفرح عبد الرحمن شهاب الدين : ذيل طبقات الحنابلة، دار المعرفة ، بيروت ، د.ط ، ج 2 ص 133.

(7) المغنى ،ج 4 ص 368 .

وعند الظاهرية، لا يجوز اشتراط الرهن إلا في البيع والسلم والقرض إلى أجل مسمى في السفر خاصة، لقول الله تعالى:" **إذَا تداينتم بِدينٍ** " إلى قوله تعالى:" **وإنْ كُنتم علَى سفَرٍ ولَم تجِدوا كَاتباً فَرهانٌ مقْبوضةٌ** "[1] والدين إلى أجل مسمى لا يعدو أن يكون بيعا أو سلما أو قرضا، فهذه الوجوه يجوز فيها اشتراط التأبيد[2].

ويظهر من عرض هذه الأقوال، أن الامتياز في الدين ينشأ تابع لالتزام أصلى تضمنه فإذا انقضى الالتزام الأصلي، انقضى موجب الامتياز وهو الرهن.

أما الامتياز في الديون الشخصية فإنه يثبت تابعا لوجود الدين الأصلي، لأ ا صفة تستوجب التقدم في الديون، ولا بد لوجود الصفة من وجود الموصوف، فتقديم نفقات الأقارب مثلا تستوجب قيام الالتزام الأصلي وهو شغل ذمة المدين بنفقة أقاربه، الأمر الذي يمكن معه القول: إن الامتياز ينشأ تابع لضمان الالتزام أصلي.

رابعا : الامتياز حق غير قابل للتجزئة:

ويمعنى ذلك أن الدين المزود بحق الامتياز تستمر معه أحكامه حتى يقضى جميعه فإذا وفى بعض الدين يظل الامتياز قائما بالنسبة للجزء الباقي منه حتى يقضي جميع الدين. وقد صرح الفقهاء بتلك الخاصة في الامتياز الثابت للديون العينية على الرهن، يقول صاحب الهداية:" ولو قضاه بعض الدين فله أن يحبس كل الرهن، حتى يستوفى البقية "[3]. و معنى هذا أن الرهن لا يتجزأ.

---

(1) البقرة: 282-283.

(2)ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد: المحلى، ت: أحمد محمد شاكر، دار إحياء التـراث العـربي، د.ط،ج 8 ص 78 / المسألة 1208 .

(3)الهداية، ج 8 ص 200.

يقول الخرشي:"وإذا قضى بعض للدين أو سقط فجميع الرهن فيما بقى[1]، وفي ا موع شرح مهذب الشيرازي:"ولا ينفك شيء من الرهن حتى يبرأ الراهن من جميع الدين لأنه وثيقة محضة فكان وثيقة بالدين وبكل جزء "[2].

ويقول ابن قدامة:" وإذا قضاه بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقى، وجملة ذلك أن حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه فيصير محبوسا بكل الحق، وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتى يقضى جميع الدين، سواء كان مما يمكن قسمته أم لا، قال ابن المنذر:" أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من رهن شيئا بمال فأوى بعض المال، وأراد إخراج بعض الرهن، أن ذلك ليس له، ولا يخرج شيء حتى يوفيه أخر حقه أو يبرئه من ذلك، لأن الرهن وثيقة بحق فلا يزول إلا بزوال جميعه كالضمان والشهادة "[3].

يقول ابن حزم[4]:" ومن رهن رهنا صحيحا، ثم انصف من بعض دينه أقله أو أكثره، فأراد أن يخرج من الرهن قدر ما أدى لم يكن له ذلك لأن الرهن يقع في جميعه بجميع الدين فلا يسقط من بعض الرهن حكم الرهن من أجل سقوط بعض الدين، إذ لم يوجبه ذلك قرآن ولا سنة"[5].

ويتضح من هذه الأقوال أن الامتياز حق لا يقبل التجزئة،بمعنى أن المال الذي تعلق به الدين يصبح مشغولا كله بالدين كاملا، ومن ثم إذا وفى المدين جزءا من الدين، فلا تحق له أن يحرر مقابله جزءا من المال، يظل المال كله ضامنا للجزء الباقي من الدين، وإذا هلك جزء من المال ظل الجزء الباقي ضامنا لكل الدين[6] .

---

(1)حاشية الخرشي ،ج 5 ص 259 .

(2) تكملة ا موع ، ج 12 ص 208 .

(3)ا المغني ، ج 4 ص 399 .

(4) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري الأندلسي ، ولد سنة 384 هـ ، كان واسع العلم و الآداب، زاهد في الدنيا بعد الرئاسة التي كانت لوالده و له ، انتقد كقير من أراء العلماء ،توفي سنة 456 هـ، من آثاره : المحلى ، جمهرة الأنساب ، الناسخ و المنسوخ . انظر ترجمته : شذرات الذهب، ج 5 ص 239 .

(5) المحلى، ج 8 ص 101،مسألة : 1220 .

(6)أحكام الضمان العيني و الشخصي ، ص 300 ,

كما هذا الحق وارد في الديون الشخصية، فلو وفى بعض ديون النفقة المستحقة عليه، يظل الامتياز قائم على ما بقى من الديون، فهو لا يزول إلا بزوال سببها كاملا، فإذا زال بعض السبب، لا يزول بعض الامتياز لأنه لا يتجزأ.

وبالنظر إلى ما سبق ذكره من خصائص حقوق الامتياز في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، نرى أن الفقه الإسلامي لم يتناول حقوق الامتياز بالشكل الذي تناولت التشريعات الوضعية.فقد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني قولها :"لم تحدد حقوق الامتياز كحق عيني تابع في الفقه الإسلامي، كما حدد ا القوانين الحديثة[1] .

ولا ضير في ذلك، لأن لكل نظام قانوني هياكله ومصطلحاته ومفردات تنظمه لنظام ما، وبما توفره من ضمانات لهذا النظام[2]، ولأن الفقه الإسلامي فقه أصيل[3]، يقوم على أساس المبادئ العامة، باعتبار أن مصدره رباني يتمثل في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، وهذا ما يميز حق الامتياز في الفقه الإسلامي عن القانون في جعل إنشاء تقرير الامتياز مستمد من نصوص الكتاب والسنة، بينما مصدره في القانون المدني: النصوص القانونية. و ذا القدر يختلف مصدر تأصيله في كل من القانون والفقه الإسلامي.

- كما لم ترد فيه مصطلحات تطابق مصطلحات القانونية في هدا الباب، وهذا لا يقدح فيه، لأن أساس الحقوق ونسبتها تختلف عما هو منظم في القانون، فالحق في الشريعة الإسلامية ينسب إلى رب العباد، وهو منحة إلهية إلى عباده أو غيرية. وقد قسم الأصوليون الحقوق إلى أقسام بالنظر إلى طبيعة المصلحة التي راعى الشرع الحكيم تحقيقها .و مع هدا فإن بعض الفقهاء المحدثين مجاراة لما نظمه القانون يورد تقسيم الحق العيني في مقابلة الحق الشخصي والحق الأدبي إلى أصلي وتبعي. قال الشيخ الزرقا في تعريفه للحق العيني التبعي:" إنه توثيق يثيب ويقرر لشخص دائن على مال معين لشخص آخر

---

(1) المكتب الفني في نقابة المحامين : المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، عمان، ط1985،2، ج2 ص 803.عند تناولها للنصوص 1424 ـ 1430 من القانون المدني .

(2) رجيب : حقوق الامتياز، ص 61

(3) راجع شبير، عثمان: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، ط1 1996، ص16.

مديون له ليتمكن الدائن من أن يستوفى دينه منه عند عدم وفاء المدين كحق المر ن في احتباس المال المرهون، فهو حق عيني غير مستقل في مفهومه ووجوده، بل هو تابع للدين، لأنه توثيق لإستفائه"[1].

وهذا النظر لا يخرج عن مفهوم القانونين للحق العيني التبعي، إذ يقرر أن سلطة صاحب الحق العيني التبعي: تنحصر في استيفاء الحق الشخصي -المضمون- من المال المقرر عليه هذا الحق بطريق الأولوية على غيره من الدائنين. وهذا هو الغرض من تنظيم الحق العيني التبعي في القانون.

ويميز الفقه الإسلامي الحديث بين الحق العيني الأصلي والتبعي من حيث أن لصاحب الحق العيني حق التتبع ، فله أن يتتبع الشيء المتعلق به في أي يد انتقل إليها، وعلى هدا الأساس وضع الفقهاء قاعدة "إن دعوى العين لا تقام إلا على ذي يد "وكما ظاهر لا يفترق عن حق التتبع المقرر في القانون المدني. ولصاحب الحق العيني التبعي حق الأولوية وحق الامتياز، وهو ما سنرجئ بحثه لاحقا منعا للتكرار .

وحقوق الامتياز ترد إما على أموال المدين كله، أو ترد على جزء معين من أمواله، وسواء كان هذا الجزء مالا منقولا أو مالا عقاريا، وحق الامتياز في الفقه الإسلامي، حق غير قابل للتجزئة، يستنبط ذلك من النصوص التي ذكرناها آنفا[2] هو حق غير قابل للتجزئة.

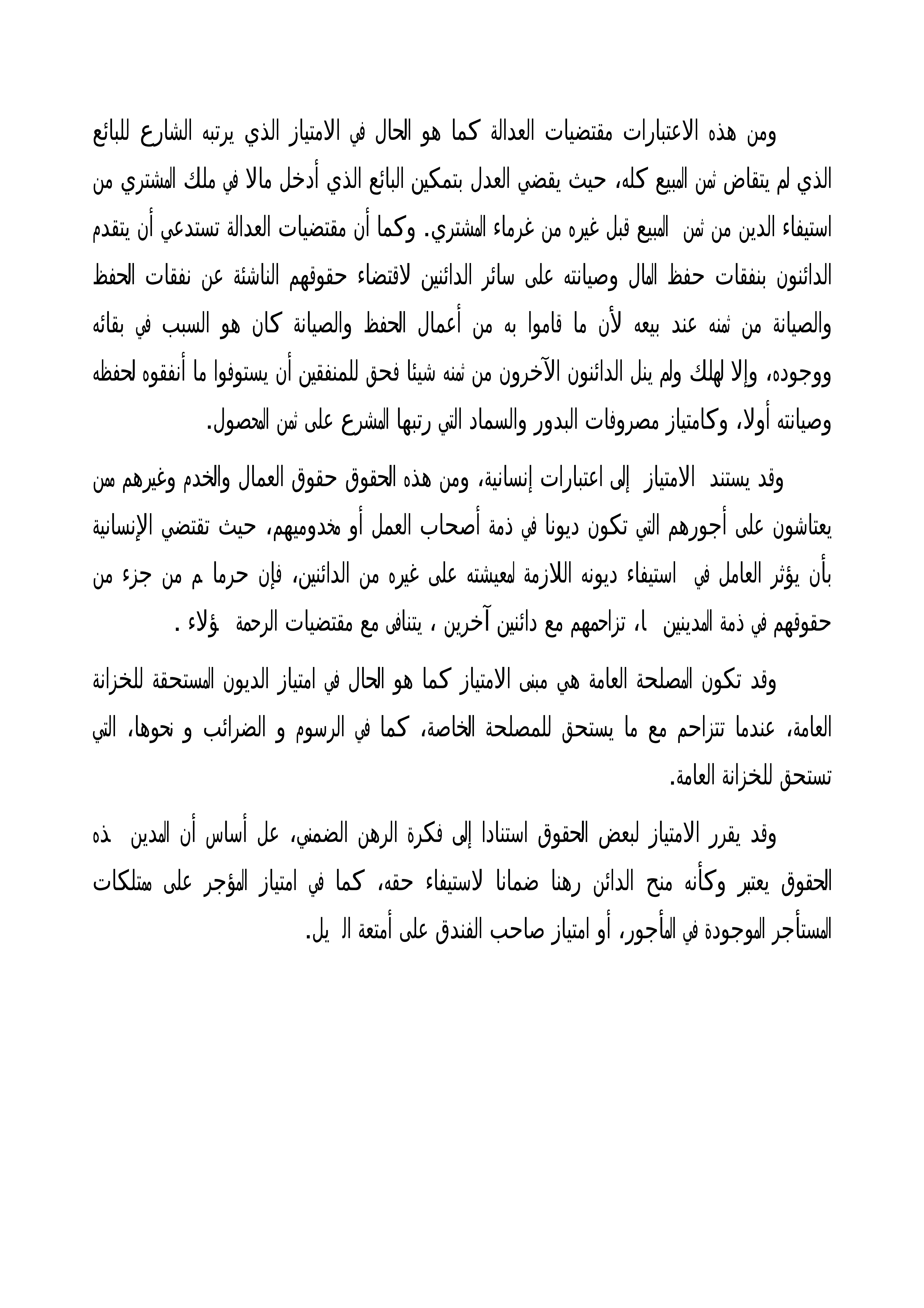
المطلب الثالث: أسس تقرير حق الامتياز.

الفرع الأول: أسباب تقرير حق الامتياز في القانون المدني

إن تقرير المشرع بتفضيل حق على حق عند الاستيفاء مع أنه نفسه جعل من حق قاعدة المساواة بين الدائنين قاعدة عامة وأساسية فمن الطبيعي أن يثور سؤال حول سبب أو أسباب تقريره ؟

فالقانون قرر الامتياز لبعض الديون نظرا لاعتبارات خاصة و متعددة ،تختلف باختلاف الحقوق الممتازة.

(1) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، ص 21 .
(2) راجع : المبحث الأول من خصائص حق الامتياز ص 58 .



ومن هذه الاعتبارات مقتضيات العدالة كما هو الحال في الامتياز الذي يرتبه الشارع للبائع الذي لم يتقاض ثمن المبيع كله، حيث يقضي العدل بتمكين البائع الذي أدخل مالا في ملك المشتري من استيفاء الدين من ثمن المبيع قبل غيره من غرماء المشتري. وكما أن مقتضيات العدالة تستدعي أن يتقدم الدائنون بنفقات حفظ المال وصيانته على سائر الدائنين لاقتضاء حقوقهم الناشئة عن نفقات الحفظ والصيانة من ثمنه عند بيعه لأن ما قاموا به من أعمال الحفظ والصيانة كان هو السبب في بقائه ووجوده، وإلا لهلك ولم ينل الدائنون الآخرون من ثمنه شيئا فحق للمنفقين أن يستوفوا ما أنفقوه لحفظه وصيانته أولا، وكامتياز مصروفات البدور والسماد التي رتبها المشرع على ثمن المحصول.

وقد يستند الامتياز إلى اعتبارات إنسانية، ومن هذه الحقوق حقوق العمال والخدم وغيرهم ممن يعتاشون على أجورهم التي تكون ديونا في ذمة أصحاب العمل أو مخدوميهم، حيث تقتضي الإنسانية بأن يؤثر العامل في استيفاء ديونه اللازمة لمعيشته على غيره من الدائنين، فإن حرما م من جزء من حقوقهم في ذمة المدينين ا، تزاحمهم مع دائنين آخرين ، يتنافى مع مقتضيات الرحمة ؤلاء .

وقد تكون المصلحة العامة هي مبنى الامتياز كما هو الحال في امتياز الديون المستحقة للخزانة العامة، عندما تتزاحم مع ما يستحق للمصلحة الخاصة، كما في الرسوم و الضرائب و نحوها، التي تستحق للخزانة العامة.

وقد يقرر الامتياز لبعض الحقوق استنادا إلى فكرة الرهن الضمني، عل أساس أن المدين ذه الحقوق يعتبر وكأنه منح الدائن رهنا ضمانا لاستيفاء حقه، كما في امتياز المؤجر على ممتلكات المستأجر الموجودة في المأجور، أو امتياز صاحب الفندق على أمتعة ال يل.

وقد يقرر القانون الامتياز لبعض الحقوق باعتبار أن إنفاقها قد أدي إلى خدمة الدائنين الآخرين، أو أن الإنفاق قد عجل وصول الحقوق إلى باقي الدائنين، كما في المصروفات القضائية، ودين النفقة. وهكذا الشأن في سائر الحقوق الامتياز المرتبة [1].

الفرع الثاني: علة تشريع حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي.

تقرير حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي تقوم على اعتبارات مهمة منها :

أولا: **طبيعة المصلحة التي يرمي الحق الممتاز إلى تحقيقها** ، فقد تكون[2]:

1-إما للضرورة، أو للحفاظ على إنسانية الإنسان في حالة موته، كما في تقديم حق تجهيز الميت، وتكفينه على ديونه كلها -موقف الحنابلة- أو الديون العادية غير الموثقة برهن أو حق احتباس - عند الحنفية - أو في حال حياته (كما في تقديم النفقة للمدين نفسه أو لزوجه وأولاده و من تجب عليه نفقته شرعا.

1-وإما ترجيحا لإزالة حالة الشك و الريبة في الحق المزاحم، فيترجح على غيره في الاستيفاء، وذلك في ترجيح وفاء الدين المترتب في ذمة المريض مرض الموت قبل المرض، على ما ترتب في ذمته إبان المرض، أي ترجيح دين الصحة على دين المرض.

2-وإما ترجيحا لحق عام على حق خاص، كما في ترجيح حقوق الدولة والأشخاص الحكمية العامة (من ضرائب ورسوم.........) على حقوق الأشخاص العاديين.

ثانيا: قوة الحق المضمون بحق الامتياز -باعتبار متعلقه-.

فالحقوق من حيث تعلقها في الفقه الإسلامي تتنوع كالآتي[3]:

---

(1) راجع : بيان يوسف رجب : حقوق الامتياز ص 52 ـ 53 ،سوار الدين : الحقوق العينية التبعية ص 314 ، السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10 ص 919 ، زهران: التأمينات الشخصية و العينية، ص 647 ، الشرقاوي : التأمينات الشخصية و العينية ،ص 397

(2) المدخل الفقهي العام، ج 3ص 24 ـ 25.

(3) مصادر الحق ،ج 1 ، ص 34 ـ 35 .

- حق يتعلق بذات العين ، وهو الحق العيني الأصلي .

- حق يتعلق بالعين من حيث المطالبة بالالتزام و هو الحق الشخصي.

- حق يتعلق بالمطالبة بالعين فقط وهو الحق العيني التبعي (حق الرهن-حق حبس العين).

- حق يتعلق بمالية المدين كما يتعلق في الوقت نفسه بذمته وهو حق الدائن على أموال المدين الميت أو المريض مرض الموت .

- حق يتعلق بالذمة فقط وهو الدين الذي يتعلق بذمة المدين في صحته ولم يكن محجورا عليه .

ويتبين من هذا، أن من له حق عيني تبعي له الأولوية، والحق المتعلق بالعين مقدم على الحق المتعلق بالذمة ، فإذا تزاحم حقان: حق متعلق بالذمة، وحق متعلق بالعين، يقدم الحق المتعلق بالعين، والسبب في امتيازه ، هو أن هذا الحق له متعلقان الأول عين مال و الثاني ذمة المدين ، أما المتعلق بالذمة فله متعلق واحد و هو الذمة وحدها، والدليل على ذلك ما رواه الإمام البخاري عن أبي هريرةτ قال رسول الله ρ :"من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره [(1)]".

يقول ابن نجيم :"ما يقدم على الدين وما يؤخر عنه، أما حقوق الله تعالى كالزكاة و صدقة الفطر فتسقط بالموت، وإنما الكلام في حقوق العباد، فإن وفت التركة بالكل فلا كلام، وإلا قدم المتعلق بالعين، كالرهن على ما تعلق بالذمة"[(2)].

والحق المتعلق بالعين ليس له امتياز على الحق المتعلق بالذمة فقط، بل له امتياز على غيرة من الحقوق الممتازة الأخرى، فإذا ازدحمت تلك الحقوق معه تقدم عليها، يقول المرداوي[(3)]:" ويترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته من

---

(1) سبق تخريجه .

(2) ابن نجيم : الأشباه و النظائر ،ص 360 .

(3) هو علاء الدين ،أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد بن محمد المرداوي الحنبلي شيخ المذهب و مصححه ، ولد سنة 817 هـ قرية مردا و أخذ العلم عن علمائها ثم رحل إلى الخليل ثم إلى دمشق و لازم علمائها ثم حج فجاور الحجاز و فيها أخذ عنه علماؤها ثم ارتحل إلى القاهرة فأفاد و استفاد ، من تصانيفه : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، التحبير في شرح التحرير و غيرها . انظر ترجمته : الأعلام ج 4ص 32 .

مسكن وخادم بلا نزاع، لكن بشرط أن لا يكون نفيسا، وكذا المسكن ويترك له أيضا آلة حرفة ، فإن لم يكن صاحب حرفة ترك له ما يتجر به **...تنبيه:** مراد المصنف و غيره يترك المسكن والخادم و غيرهما إدا لم يكن عين مال الغرماء ، أما إن كان عين مالهم فإنه لا يترك له منه شيء ولو كان محتاجا"[(1)].ويتبع ابن قدامة قوله:"و لو كان المسكن و الخادم اللذين لا يستغني عنهما عين مال بعض الغرماء، أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأثما l ، ووجد أصحا l ، فلهم أخذها لقول النبي ρ :"من أدرك متاعه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به "، ولأن حق تعلق بالعين فكان أقوى سببا من المفلس"[(2)].

يلاحظ مما سبق ذكره أن فقهاء القانون يعبرون عن مقصود القانون في تقرير حق الامتياز بالأسس، بينما يعبر عنها في أصول الفقه بالحكمة أو العلـة ويظهر مجال المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون فيما يتعلق بأسس حق الامتياز على النحو الآتي :

ـ أن أسباب تقرير حقوق الامتياز في القانون المدني تختلف باختلاف الديون الممتازة، ولكنها ترجع كلها إلى أن العدالة تقتضي ضمان استيفاء الحق، أو أن المصلحة العامة التي تستوجب هذا الضمان. وأن ما يعبر عنه في القانون باعتبارات العدالة يمكن أن يدخل تحت معنى النفع العام في الفقه الإسلامي، لأن العدالة أساس من أسس التعامل فيه، وكذلك الأمر فيما يعلق بالامتيازات المقررة للمصروفات القضائية والأموال المستحقة للخزانة العامة، وذلك لتعلقها بالصلح العام. وفيما يتعلق بالامتياز المقرر للاعتبارات الاجتماعية في القانون، كديون النفقة والديون المستحقة للأجراء والخدمة وغيرهم، فإن هذه المعاني يمكن أن تدخل ضمن مجموعة الديون التي ترمي إلى مصلحة حفظ النفس في الشريعة، حيث يجعل الفقهاء للديون التي تحفظ حياة الناس ومعايشهم من مأكل و ملبس أولوية على ديون الغرماء، وهي تتفق مع أجور العاملين و غيرهم في تحقيق هذا المعني .

ـ أن تقريره امتياز الديون في الفقه الإسلامي تقوم على الموازنة بين الحقوق في القوة، وفقا لقوة المصلحة المقصودة بالحماية، كما في تقديم الحق المتعلق بالعين على الحق المتعلق بالذمة، وتقرير

---

(1) المرداوي ،على بن سليمان : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ، ت :محمد حامد الفقى ، دار إحياء التراث العربي ،ط 1986،2 ،ج 5 ،ص 303 .
(2) المغني ، ج 4 ،ص 288 .

الامتيازات المتعلقة بالمصلحة العامة على المصلحة الخاصة و بذلك يتفق مع القانون المدني في اعتبار تقرير امتيازها .

المبحث الثالث: مقتضى حق الامتياز وانقضاؤه

لا يتطلب إنشاء حق الامتياز في القانون المدني-أي إجراء-إلا إذا ما كان منه امتيازا خاصا عقاريا، فإنه عند ذلك يستوجب التسجيل وفقا للأوضاع المقررة للتصرف بالعقار حتى يحتج ا في مواجهة الغير. وعليه وباستثناء حقوق الامتياز الخاصة العقارية، فإن الامتياز يرتب آثاره بمجرد ثبوت الدين، وذلك سواء بالنسبة للدائن أم المدين أم للغير[1] .

ويتضمن الكلام في هذا المبحث عن المراحل الثلاث التي يمر ا حق الامتياز، فنعرض أولا : نفاذ حق الامتياز، وثانيا :آثاره، أخيرا: انقضاء حق الامتياز، وذلك في كل من القانون المدني والفقه الإسلامي

المطلب الأول: نفاذ حق الامتياز

الفرع الأول: نفاد حق الامتياز في القانون المدني

سبق وأن ذكرنا أن القانون هو الذي يقرر الامتياز ، طبقا لصفة الدين فيثبت الامتياز بمجرد وجود الدين يقرر القانون امتيازه، ويثبت للدين امتيازه في مواجهة المدين والغير بمجرد قيام دليل على وجوده من غير اتخاذ أي إجراءويستثنى من ذلك الامتيازات الخاصة العقارية ، فلا بد من شهرها حتى تنفذ في مواجهة الغير، ومن هذه الحقوق امتياز بائع العقار ، والشريك المتقاسم في العقار[2].

أما حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الضامنة للمبالغ المستحقة للخزانة العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول أعفاها المشرع من التسجيل وبالتالي فهي ليست في حاجة إلى شهرها حتى تكون نافذة في حق الغير من دائني المدين، ويمكن لصاحب الحق الممتاز أن يباشر حقه في التقدم على دائن المدين دون مزاحمة منه، وهذه الحقوق هي حقوق الامتياز الموثقة لحق خزانة الدولة، وحقوق الامتياز الموثقة لرسوم ونفقات البيوع القضائية[3].

---

(1) رجيب، حقوق الامتياز، ص73، السعدي، التأمينات العينية، ص 343.

(2)ا الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ص 343 .

(3)رجيب : حقوق الامتياز ص 73 .

الفرع الثاني : نفاذ حق الامتياز في الفقه الإسلامي

يتقرر الامتياز في الفقه الإسلامي وفقا للمصلحة التي تستوجب الحفظ بالدليل الشرعي، فيثبت للدين امتيازه دون اللجوء إلى أي إجراء آخر، سواء كان الامتياز عام أم خاص، ذلك أن الفقه الإسلامي لم يعرف التسجيل العقاري كوسيلة لشهر التصرفات التي ترد على العقار أو ما هو في حكمه،كما هو منصوص عليه في القانون إلا أنه لا ينكر هذه الوسيلة ما دامت تفضي إلى إحقاق الحق وحسم ال اع. وليس ما يمنع الأخذ بالإجراءات التنظيمية الإدارية ما أفضت إلى حفظ الحقوق لأصحا ا. ولقد أقر الإسلام من وسائل ضمان الحقوق كلا من الكتاب كوسيلة من وسائل حسم المنازعات في مواجهة النسيان، والشهادة في مواجهة الجحود والرهن في مواجهة التهرب من الأموال.

ودليل ذلك قوله تعالى:" **يا أيها الذين آمنوا إذَا تداينتم بِدينٍ إِلَى أَجلٍ مسمى فَاكْتبوه ولْيكْتب بينكُم كَاتب بِالْعدلِ ولا يأْب كَاتب أَنْ يكْتب كَما علمه الله فَلْيكْتب ولْيملِلِ الذي علَيه الْحق ولْيتقِ الله ربه ولا يبخس منه شيئاً فَإِنْ كانَ الذي علَيه الْحق سفيهاً أَو ضعيفاً أَو لا يستطيع أَنْ يمل هو فَلْيمللْ وليه بِالْعدلِ واستشهدوا شهيدينِ من رِجالكُم فَإِنْ لَم يكُونا رجلَينِ فَرجلٌ وامرأَتان ممن ترضونَ من الشهداءِ أَنْ تضل إِحداهما فَتذَكِّر إِحداهما الْأُخرى ولا يأْب الشهداءُ إِذَا ما دعوا ولا تسأَموا أَنْ تكْتبوه صغيراً أَو كَبِيراً إِلَى أَجله ذَلكُم أَقْسطُ عند الله وأَقْوم للشهادة وأَدنى أَلَّا ترتابوا إِلَّا أَنْ تكُونَ تجارةً حاضرةً تديرونها بينكُم فَلَيس علَيكُم جناح أَلَّا تكْتبوها وأَشهدوا إِذَا تبايعتم ولا يضار كَاتب ولا شهيد وإِنْ تفْعلُوا فَإِنه فُسوق بِكُم واتقُوا الله ويعلمكُم الله والله بِكُلِّ شيءٍ عليم"[(1)].**

وقوله Y **:" وإِنْ كُنتم علَى سفَرٍ ولَم تجِدوا كَاتباً فَرِهانٌ مقْبوضةٌ فَإِنْ أَمن بعضكُم بعضاً فَلْيؤد الذي اؤتمن أَمانته ولْيتقِ الله ربه ولا تكْتموا الشهادةَ ومن يكْتمها فَإِنه آثم قَلْبه والله بِما تعملُونَ عليم "[(2)] .**

وجه الدلالة " بينت هاتان الآيتان الوسائل التي شرعها الله Y لحفظ الحقوق وهي: الكتابة والشهادة والرهن يمكن أن يقاس على الكتابة القول بالتسجيل في جهات خاصة ما دام ذلك يفضي إلى تحقيق

(1) البقرة: 282 .
(2) البقرة: 283.

مراد الشارع الحكيم في قطع الطريق على المنازعات. بل اعتبر بعض الفقهاء المعاصرين أن تقرير التسجيل من تحصيل الحاصل لا يحتاج إلى إجالة الفكر أو بحث عن دليل[1]، وبناء على ذلك فإن تسجيل حقوق الامتياز عند اقتضاء التسجيل يعتبر وسيلة شهر لها وهما يؤدي إلى سريا ا في مواجهة الغير من سائر دائني المدين[2].

المطلب الثاني: آثار حق الامتياز.

الفرع الأول: آثار حق الامتياز في القانون المدني.

يخول حق الامتياز على غرار بقية التأمينات العينية حقا في التقدم ، نصت عليه المادة 982م.ج وحقا في تتبع المال المثقل إذا خرج هذا الأخير من يد مدينه، إلا أن هذا الحق لم ينص عليه المشرع بالنسبة لكافة حقوق الامتياز .

أولا: حق التقدم[3]:

حق الأولوية وحق الأفضلية ميزة حق الامتياز وجميع التأمينات الأخرى، وهو الحق الممنوح للدائن في أن يستوفي حقه بالتقدم على باقي الدائنين، وهو ما نصت عليه المادة 982 م .ج.

وإذا كان القانون هو الذي ينص على حق الأولوية، فهو أيضا يحدد وعاء الأفضلية ، و بالتالي الأموال التي يرد عليها هذا الحق .فقد يخول القانون ممارسة حق التقدم على عدد محدد من الأموال منقولة أو عقارية فنكون أمام حقوق امتياز خاصة ، كما قد يخول القانون ممارسة هذا الحق عند حجز و بيع أي مال للمدين عند توزيع الثمن فنكون أمام حقوق الامتياز العامة .

---

(1) رجيب : حقوق الامتياز ص 73 .

(2) راجع : الشافعي عبد الرحمن السيد عوض : عقد الرهن في السريعة الإسلامية ، دار الاقتصاد ، القاهرة ، د.ط ، 1978م ،ص 5 ـ 6

(3) ويقصد بذلك أن يكون لصاحب الحق الممتاز أولوية في استيفاء هذا الحق قبل سائر الغرماء، دون الحاجة للدخول في القسمة، إذ هذه هي فائدة الامتياز ، وهي تقديم الدين الممتاز على سائر الديون، مراعاة لصفة الدين، راجع ا: التأمينات العينية، ص350.

وحق التقدم لا يرد على ثمن المال المثقل بهذا الامتياز فحسب، ولكن يرد على كل ما يحل محل المال المثقل بالامتياز و نجد المادة 900 م. ج التي تحيل إليها المادة 987 م.ج القاضية بسريان الأحكام المتعلقة بهلاك الشيء أو تلفه الخاصة بالرهن الرسمي على حقوق الامتياز، التي بمقتضاها إذا هلك محل الامتياز منقولا كان أم عقارا أو تلف لأي سبب انتقل حق الامتياز بمرتبته إلى الحق المرتب من مبلغ تعريض أو مبلغ تأمين.[1] .

هذا وقد حدد القانون المدني مراتب حقوق الامتياز التي وردت فيه،و يمكن التمييز بينها بحسب المال محل الامتياز إلى طائفتين[2]:

- حقوق امتياز واردة على منقول: ورد ترتيب هذه الحقوق في نصوص متتابعة بحسب الترتيب الذي ارتآه المشرع لهذه الحقوق بالنظر لطبيعتها، بغض النظر عن تاريخ نشأة الحق.

ففي المرتبة الأولى امتياز المصروفات القضائية، وفي المرتبة الثانية امتياز المبالغ المستحقة للخزينة العامة، وفي المرتبة الثالثة امتياز حق المنقول، وفي المرتبة الرابعة: حقوق الامتياز العامة فهي فيما ترد عليه من منقول، وفي المرتبة الخامسة امتياز المبالغ المنصرفة في البذور والسماد، وفي المرتبة السادسة امتياز صاحب الفندق وامتياز المؤجر وكلاهما في مرتبة واحدة فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ ما لم يكن غير نافذ قبل الآخر، وفي المرتبة السابعة امتياز بائع المنقول وامتياز المتقاسم المنقول فإذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ.

أما بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار تتحدد مرتبتها بالسبة لباقي الحقوق العينية التبعية من تاريخ القيد ولقد أحال المشرع في شأنها لأحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق، وهذه يثبت لها حق التتبع العقار في أي يد تكون. أما الحقوق الممتازة التي ورد ذكرها في القوانين الخاصة، فإن هذه القوانين هي التي تحدد مرتبتها بالنسبة لسائر الحقوق، فإذا أغفل القانون تحديد مرتبتها تأخرت في الترتيب عن كل امتياز ورد في التقنين المدني.

ثانيا : حق التتبع في القانون المدني.

---

(1)سعد نبيل إبراهيم : التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، د.ط، 1989م ص 29.

(2)الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، ص 345ـ346 .

هذا الحق يثبت لصاحب حق الامتياز الخاص الوارد على عقار أو على منقول فله أن يتتبع الشيء الضامن لوفاء الدين في أي يد ينتقل إليها. ويلاحظ أن صاحب الامتياز العام لا يثبت له حق التتبع، وتبرير ذلك أن حق الامتياز العام لا يرد على مال معين بالذات من أموال المدين، وإنما يتحدد وعاء الأفضلية فيه بأموال المدين الموجودة لديه عند التنفيذ[1].

في المقابل فإن حق التتبع الذي أثبته المشرع لصاحب الحق الامتياز الخاص على منقول لا يفسره، إلا ورود حق الامتياز على مال معين بالذات، وبالتالي إتصافه وصف الحق العيني التبعي بما يخوله من حق التتبع. لكن على اعتبار على أن حق التتبع لا يبرر إلا بإعلام الغير بالحق العيني التبعي الوارد على المال، وهو ما يتحقق بالقيد في حالة الرهن الرسمي أو بنقل الحيازة في حالة الرهن الحيازي على المنقول أو بالشهر بالنسبة للمنقول الذي تستجيب طبيعته لنظام الشهر، وهو ما يختلف بشأن حق الامتياز الخاص على المنقول الذي لا يخضع لنظام الشهر وفي نفس الوقت لا يخرج المال من حيازة المدين.

فإن المشرع في نطاق حق الامتياز الخاص على المنقول، نظم حق التتبع المقرر لصاحب حق الامتياز بما لا يتعارض مع مصلحة الغير حسن النية، إذا ما كان لهذا الأخير أن يحتج بقاعدة "الحيازة في المنقول بحسن نية سند الحائز" على ما جاء في المادة 985 لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية[2].

الفرع الثاني: آثار حق الامتياز في الفقه الإسلامي.

أولا : حق التقدم

حق التقدم أو حق الأولوية ينتج من صفة حق الامتياز للحق العيني كامتياز دين الرهن، كما يكون أيضا صفة للحق المعنوي كما في امتياز الولي وامتياز حق المؤلف.

---

(1)الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، ص 344 ، رجيب، حقوق الامتياز، ص76-80، سوار الدين، الحقوق العينية التبعية، ص296-297.

(2) الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ص 344 ـ 345 .

وبتحديد نطاق تقدم الدائن في استيفاء دينه من الأعيان وغيرها، كما في الرهن، ورجوع الدائن في عين ماله، وكما في حق حبس المبيع والعين تشمل العقار والمنقول، وبالتالي فإن نطاق تقدم الدائن في الأولوية يتحدد على هذا المال سواء كان عقارا أم منقولا دون التفرقة بينهما، حيث يتقدم الدائن ا على بقية الدائنين العاديين طبقا لمرتبة هذا الدين، كما سيأتي بيانه .

أما الدائنون العاديون فمهما كان مصدر حقهم أو تاريخه فلا امتياز لأحدهم في التقدم على سواه ، بل توزع عليهم أموالهم بنسبة ديو م.

ثانيا : حق التتبع.

حق التتبع المعروف في الفقه الإسلامي هو: "الحق في اقتفاء عين معينة بذا ا حيثما وجدت للاستيلاء عليها أو لاستيفاء منفعة منها[1] .

ولحق التتبع أسباب تنشئه، منها:

1-قد يكون حق التتبع ناشئا عن تعلق الحقوق بالأعيان لذا ا كما إذا كانت العين نفسها أو منافعها ملكا لمتتبعها أو كان له حق ارتفاق عليها فيستولي عليها ليتمكن من التصرف أو الانتفاع ا.

2-قد يكون حق التتبع ناشئا عن تعلق حق بعين بالنظر إلى ماليتها لا إلى ذا ا وصورها، وذلك في حق الامتياز وحق الار ان وحق الاحتباس، فإن هذه الحقوق ما شرعت إلا لتكون وسائل لتوثيق الديون في الابتداء استيفائها في النهاية عند ما تجعل الأعيان المتعلقة ا محلا للوفاء فتباع لأجل هذا الغرض وهذا بسبب ما تقتضيه من أولوية صاحبها على غيره من الغرماء في الاستيفاء، وفي هذه الحالة لا يظهر حق التتبع لذات العين، لأن المقصود منها هو ماليتها، فإذا استبدلت ا قيمتها المالية تعلقت هذه الحقوق بتلك القيمة وانتقلت إليها، ولا تقتفي العين ذا ا حينئذ كما لو باع الراهن المرهون بإذن المر ن إذ ينتقل الرهن إلى البدل[2] .

---

(1) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، ص32.

(2) الخفيف، الحق والذمة، ص89.

3-وقد يكون حق التتبع ناشئا عن تعلق الحقوق شبه العينية[1] بالنظر إلى قابليتها للتملك كحق الشفعة، وحق ا اهدين في الغنيمة بعد إحرازها، وحق ا ني عليه في العبد الجاني، ففي هذه الأحوال أقر الفقهاء لصاحب الحق العيني أن يطالب بالشيء عينا ولو لم يعتبر مالكا له بعد، وله أن يتبعه في الأيدي التي ينتقل إليها[2] لأن حق التتبع من مستلزمات هذا الحق[3]، ويسمى حق التتبع في الشيء المادي: تتبعا ماديا.

والدائن المزود بالامتياز حين يمارس حقه في التتبع لا يقتصر تتبعه على الأعيان حال حياة المدين بل يتعداه إليها بعد وفاته، فيستقر دينه على أعيان التركة وتستوفى بالأفضلية منها.

ففي حال حياة المدين يتحقق التتبع في كل حالة يستقر فيها الدين على العين وذلك كما في المرهون وأموال المدين المحجور ورجوع الدائن في عين ماله وتصرف المريض مرض الموت فيما يجاوز الثلث ،وبعد وفاته يتعلق الدين بعين التركة ويستوفى بالأفضلية منها فالدائن يتتبع العين بعد وفاة مدينه وبأخذ دينه منها، لأن بموت المدين تنتهي ذمته ، وتصبح غير صالحة لتعلق الديون وحينئذ لا مناص من تعلقها بأعيان المال، وذلك لأن المال كما يقرر صاحب كشف الأسرار" خلف عن الذمة في الحقوق التي تقضى بالمال[4] على نحو ما قرر الفقهاء[5]. ولا يظهر حق التتبع في النفقات ولا في التقديم في تركة الميت وذلك لأ ا من حقوق الامتياز العامة- على ما سيأتي تفصيله.

---

(1) أي فيه شيء من العينية، وإن لم يكن معناها كاملا، وهو ما يعبر عنه الفقهاء حق الشخص في أن يتملك، انظـر: المـدخل إلى نظرية الالتزام، ص49.

(2) المدخل إلى نظرية الالتزام، ص49.

(3)الوسيط، ج10، ص956.

(4) كشف الأسرار، ج 4 ص 1431.

(5)راجع: العناية على الهداية،ج 7 ص 3 ، القليوبي، شهاب الدين أحمد بن محمد بن سلامة: حاشيتي قليوبي وعميرة، دار الفكـر، بيروت، د ط.،ج2 ص 283، المغنى، ج 4 ص 486، حاشية الدسوقي، ج 3 ص 270.

والدائن المزود بالأولوية حين يمارس حقه في التتبع لا يقتصر نشاطه على ذات الأعيان المثقلة بالأولويـة فبترصدها حيثما وجدت ليستوفى دينه منها بل يتعداه إلى نوع آخر أكثر أهمية في مجال الضمان قال به فقهاء المذاهب: الحنفية والشافعية، والحنابلة و الظاهرية[1] وهو: حق الملازمة[2] .

وحق الملازمة نوع من أنواع التتبع لكنه لا ينصب على مال المدين، بل يتعداه إلى شخصه وبمقتضاه يستطيع الدائن أن يلازم مدينه ويتتبعه أينما سار مترقبا ما يحصل له من كسب فيستوفى دينه منه.

فملازمة المدين تعنى تتبع الدائن له بالقدر الذي يمكنه من استيفاء دينه مما يحصل له من كسب وهذا التتبع لا يقتصر على حال إقامة المدين بل يتعداه إلى سفره. فللدائن أن يسافر معه يقول الطحاوي:" وللدائن أن يسافر معه فإذا حل دينه منعه حتى يوفيه"[3].

ويقول صاحب الهداية:" ولا يحول بينه وبين غرمائه بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر[4] والمعنى لا يمنع الحاكم الدائنين أن يدوروا مع مدينهم أينما دار [5] تمكينا لهم من استيفاء ديو م .

وبناء على ذلك، فإن نطاق التتبع في الفقه الإسلامي يشمل تتبع الأعيان، وهي تقابل العقار والمنقول في القانون، كما يشمل الأشخاص على النحو الذي قرره الفقهاء في حسن ملازمة المدين ومراقبة ما يحصل له من كسب لاستيفاء الدين منه.

---

(1)حاشية ابن عابدين ، ج 5 ص 298 ، الهداية ،ج 9 ص 278 ، تبصرة الحكام ،ص 199 ، تحفة المحتاج ، ج 5 ص 142 ، فتح العزيز شرح الوجيز ، ج 10 ص 228 ، شرح منتهى الإرادات، ج 2 ص 274 ، المحلى ، ج 8 ص 182.

(2)الملازمة في اللغة: مصدر للفعل لازم و أصله من لزم الشيء يلزمه, يقال : لازمت الغريم ملازمةً : تعلّقت به. و الملازمة: مصاحبة الشيء و عدم مفارقته .ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي ،فقد استعمل الفقهاء لفظ ملازمة المدين ، بمعنى ملاحقتـه و السير معه أينما ذهب. انظر: لسان العرب ، مادة لازم ،ج 12، ص 541 ، المصـباح المـنير ،ج 2 ص215 ، المحلـى ، ج 8 ص172.

(3)حاشية الطحاوي على الدر المختار، ج 7 ص 452.

(4) الهداية ، ج9 ص 278 .

(5) العناية ،ج 9 ص 278.

المطلب الثالث: انقضاء حق الامتياز

الفرع الأول: انقضاء حق الامتياز في القانون المدني

ينقضي حق الامتياز إما تبعا للحق المضمون به، وإما أن ينقضي استقلالا، أي بصفة أصلية دون انقضاء الحق المضمون به .

و قد نصت المادة **988** م.ج على أنه:"ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي ا حق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي، وفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

فوفقا لنص المادة ، ينقضي الامتياز بصفة أصلية بناءا على التفرقة بين ما إذا كان وعاء الأفضلية منقولا أم عقارا .

فحق الامتياز الوارد على المنقول ينقضي للأسباب التي ينقضي ا الرهن الحيازي، أما حق الامتياز الوارد على عقار فينقضي للأسباب التي ينقضي ا الرهن الرسمي .

- انقضاء الامتياز بصفة أصلية.

ينقضي الامتياز الواقع على العقار، بطريقة أصلية بالتطهير[1] أو بالبيع الجبري أو بـ ول الدائن عن امتيازه أو لاك الشيء محل الامتياز أو باتحاد الذمة، أي إذا أصبح مالك الشيء الواقع عليه الامتياز هو صاحب الحق الممتاز بحوالة أو ميراث ، أو صار الدائن المر ن مالكا للشيء محل الامتياز .

---

(1) التطهير المقصود به هو قيام الحائز بعرض على الدائنين الممتازين استعدادا على دفع مبلغ مساوي للقيمة الحقيقية للعقار وللحائز الحق في عرضه للتطهير بمجرد تسجيل سند ملكيته دون انتظار حلول أصل الدين، انظر: السنهوري، الوسيط، ج10، ص956.

وينقضي الامتياز الخاص على المنقول بطريقة أصلية ،بأسباب انقضاء الرهن الحيازي وفقا لنص المادة **968** م .ج التي تحيل إليها المادة **988** من التقنين المدني للأسباب ك ول الدائن عن امتيازه صراحة أو ضمننا أو باتحاد الذمة أو لاك الشيء محل الامتياز أو تتبعه تتبعا جبريا وفقا لقانون المرافعات. كل هدا ما لم يوجد تنظيم قانوني خاص لانقضاء الامتيازات في بعض الأحوال[(1)].

- انقضاء الامتياز بصفة تبعية

ينقضي حق الامتياز تبعا للحق الموثق به سواء أكان هذا الانقضاء للحق المضمون قد تم بسبب الوفاء، أم بسبب إبراء الدائن بالحق للمدين. و هذا الانقضاء التبعي لحق الامتياز يراعى فيه أيضا الرجوع إلى ما قرره المشرع بشأن انقضاء حق الرهن الحيازي إذا ما كان الامتياز مالا منقولا أما إذا كان وعاء الامتياز عقاريا فيراجع بشأنه ما قرره المشرع بخصوص انقضاء الرهن الرسمي[(2)]

الفرع الثاني: انقضاء حق الامتياز في الفقه الإسلامي.

يقوم حق الامتياز في الفقه الإسلامي، ضمانا لدين يجب الوفاء به، وينتهي بانقضائه.

فينقضي الامتياز في الديون بطريقة تبعية إذا انقضى الالتزام الأصلي بسبب من الأسباب التي تنقضي ا الالتزامات[(3)] ، أو بطريقة أصلية دون انقضاء الدين المضمون، أي مع بقاء الدين المضمون قائما بجملة من الأسباب. فإذا انقضي الدين المضمون انقضي الامتياز، وبالتالي بنقضي بالتبعية، فإذا وفى المدين الدين أو أبرئ منه انفك الامتياز [(4)].

كما ينقضي الامتياز في الديون بصفة أصلية بعدة أسباب منها:

---

(1) السنهوري ، الوسيط، ج 10، ص937 ، مرقس :الحقوق العينية التبعية، ص 529 ، السعدي : الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ص347 ، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون المدني الجزائري ، ص 442 .

(2)أحكام الضمان العيني و الشخصي ، ص 307 ، سوار الدين : الحقوق العينية التبعية ،ص 300، رحيب : حقوق الامتياز ،ص 86 .

(3) أحكام الضمان العيني والشخصي، ص307-308.

(4) ابن قدامة المقدسي : الكافي ، ت: عبد الله التركي، دار هجر، ط1، 1997م، ج2، ص135، حيث يقول إذا حل الـدين فوفاه انفك الراهن إن فك الرهن.

1- نزول صاحب الحق الامتياز عن الامتياز بإرادته المنفردة[1] مع بقاء الدين قائما دون ضمان كما يمكن أن يتم ذلك بالاتفاق بين الراهن و المر ن[2] .

2- **هلاك محل الامتياز**:

إذا هلك محل الامتياز هلاكا كليا انقضى الامتياز مع بقاء الدين قائما، ولكن إذا حل محل الامتياز الشيء الهالك مال آخر كتعويض فإنه يحل بالتعويض محل الشيء الهالك .

وإذا هلك محل الامتياز هلاكا جزئيا يبقي الامتياز على الجزء الباقي ضامنا لكل الدين تطبيقا لقاعدة عدم تجزئة الامتياز .

3- **اتحاد الذمة**:

ينقضي الامتياز في الدين كذلك باتحاد الذمة إذا اجتمع حق الملكية مع حق الامتياز في يد شخص واحد .

وعلى ذلك إذا تملك الدائن الممتاز الشيء الممتاز بأي سبب من الأسباب كما لو توفي المدين وورثه صاحب الامتياز أو كما لو اشترى الدائن الممتاز من المدين، فإن الامتياز ينقضي في هذه الحالات لاتحاد الذمة، و لكن إذا زال اتحاد الذمة بأثر رجعي كما لو أبطل السند الذي نقل ملكية الشيء الممتاز إلى الدائن فإن الامتياز يعتبر قائما لم ينقض[3] .

بالنظر في أسباب انقضاء الامتياز في القانون المدني والفقه الإسلامي، نجد أن القانون يقترب من الفقه الإسلامي في النظر إلى الأسباب التي تنقضي ا.

(1) انظر: مجلة الأحكام العدلية، م: 716.

(2) المرجع نفسه، ص718.

(3) أحكام الضمان العيني والشخصي، ص291-293، سوار الدين، الحقوق العينية التبعية، ص241، المدخل للفقه الإسـلامي، ص718.

- نجد أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي في أسباب انقضاء وطرقه وإن كان هناك اختلاف فمنشؤه تفصيل القانون بإجراءات بعض الطرق الانقضاء كالتطهير أو بيع العقار بالمزاد العلني، مما يظهر مجال الاختلاف بين الفقهين.

- ولما كان الامتياز ينشأ تبعا لضمان دين أصلي، فإن هذه النظرة تحدد الطرق التي ينقضي ا الامتياز في الفقه الإسلامي، فهو قد ينقضي أصلا دون انقضاء الدين، لأن حكمه بالنسبة للدائن المزود به أنه جائزة، ولما كان كذلك فإنه يجوز التنازل عنه. ومن المقرر شرعا أن للدائن أن يتنازل عن دينه عملا بقوله تعالى:" **وأن تصدقوا خيرا لكم**" فإذا كان التصدق بالدين جائزا، فمن باب أولى يجوز التصدق بتابع الدين وهو التأمين.

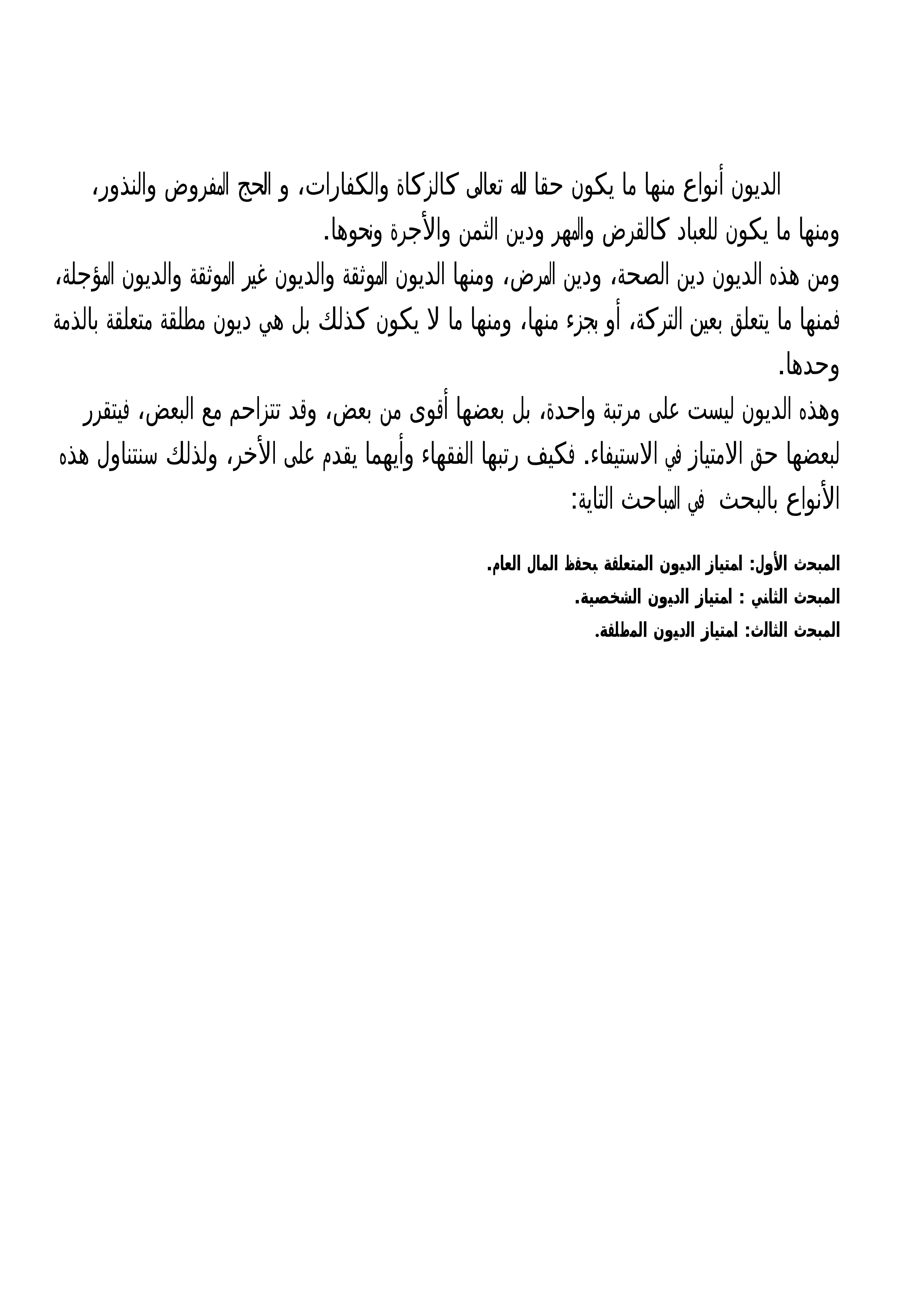
ويترتب على أن التأمين من قبيل حقوق الإرفاق، وأنه تابع، يسري على هذا التابع ما يسري على الدين الأصلي، وخاصة فيما يتعلق بأسباب الانقضاء وذلك كطريق لانقضاء الامتياز بطريق التبعية للدين الذي تضمنه.

فإذا انقضى الدين بالوفاء أو بالإبراء أو بالمقاصاة، أو بغير ذلك من طرق الانقضاء فإن الامتياز ينتهي تبعا لانقضاء الدين الذي تقرر لضمانه[1].

(1) أولوية استيفاء الديون ، ص 191 .

الفصل الثاني

أحـــكـــام امـــتيـــاز الــــديـون



الديون أنواع منها ما يكون حقا لله تعالى كالزكاة والكفارات، و الحج المفروض والنذور، ومنها ما يكون للعباد كالقرض والمهر ودين الثمن والأجرة ونحوها.

ومن هذه الديون دين الصحة، ودين المرض، ومنها الديون الموثقة والديون غير الموثقة والديون المؤجلة، فمنها ما يتعلق بعين التركة، أو بجزء منها، ومنها ما لا يكون كذلك بل هي ديون مطلقة متعلقة بالذمة وحدها.

وهذه الديون ليست على مرتبة واحدة، بل بعضها أقوى من بعض، وقد تتزاحم مع البعض، فيتقرر لبعضها حق الامتياز في الاستيفاء. فكيف رتبها الفقهاء وأيهما يقدم على الأخر، ولذلك سنتناول هذه الأنواع بالبحث في المباحث التاية:

المبحث الأول: امتياز الديون المتعلقة بحفظ المال العام.

المبحث الثاني : امتياز الديون الشخصية.

المبحث الثالث: امتياز الديون المطلقة.

المبحث الأول: امتياز الديون المتعلقة بحفظ المال العام [1].

الديون المتعلقة بحفظ المال العام في الفقه الإسلامي هي الديون التي تنشأ عن التزام مالي يتعلق بحق من حقوق الله تعالى وتسمى ديون الله كالزكاة والكفارات والنذور.

وتسمية حقوق الله بالديون إنما تسمية على سبيل ا از على اعتبار أن الإنسان مطالب ا[2]، حيث تشغل ذمة المرء ا بعد قيام أسبا ا فيطالب بأدائها لمن تقررت لهم .

وهذا النوع من الالتزام لا يتقرر لصالح فئة معينة، و إنما يتعلق ا النفع العام لجميع الناس أو لصالح ا تمع ككل[3].

المطلب الأول: امتياز ديون الله وحكمها.

-صورة المسألة: إذا مات شخص وعليه ديون للعباد وزكوات، وتزاحم الاستيفاء فيها بين حق الله، وحق العباد، فأي الحقين يتقدم في الاستيفاء ؟هل تقدم ديون الله أم ديون العباد؟ بمعنى أخر هل تعتبر هذه الديون من نفس المرتبة - الدرجة - من حيث الأولوية في الأداء أم أن بعضها يقدم في ذلك عن البعض الأخر؟

---

[1] يطلق المال العام في الاصطلاح الفقهي و القانوني في مقابل المال الخاص .و المال العام هو :" و هو حق عام لجميع أفراد الأمة لا تختص به طائفة دون غيرهم ، و الحاكم نائب في التصرف فيه بما يحقق مصلحة الأمة و بما يكفل الكفاية لرعايا الدولة المسلمة " و هو أقسام : ـ أموال عامة مملوكة للدولة بصفتها شخصا معنويا و من ذلك: الزكاة و خمس الغنائم و الفيء و ضريبة الأرض الخراجية و العشور و غيرها . و هذه الأموال تابعة لبيت المال.

- أموال عامة مخصصة موع أفراد ا تمع ، و ذلك كالمرافق العامة و الموارد الطبيعية .راجع :أوهاب ،نذير محمد الطيب : حماية المال العام في الفقه الإسلامي،منشورات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ،2001 م، ص25، الخفيف :الملكية في الشريعة الإسلامية ، ص 75 ،الماوردي : الأحكام السلطانية ، ص354، الشايجيي :المدخل إلى المالية العامة الإسلامية ،دار النفائس ، عمان، ط1 ، 2005 ، ص 59.

(2) الكشكي، محمد عبد الرحيم : الميراث المقارن، دار النشر و الطباعة ، بغداد ،ط 3 ، 1969 م ، ص91 .

[3] راجع : التوضيح ، ج 2 ص 151.

اختلف الفقهاء في مدى امتياز ديون الله إذا تزاحمت مع ديون العباد على أقوال ثلاث .وفيما يلي بيان المقصود بديون الله و ديون العباد و حكم امتيازها .

الفرع الأول: تعريف ديون الله و ديون العباد.

أولا: المقصود بديون الله هي التي لا مطالب لها من العباد بل المطالب يها هو لله تعالى كالزكاة، والكفارات والنذور، وتسمية حقوق الله بالديون إنما هي تسمية على سبيل ا از على اعتبار أن الإنسان يطالب ا[1].

وهي نوعان: نوع يظهر فيه وجه العبادة والتقرب إلى الله، وهو ما لا مقابل له من المنافع الدنيوية بالنسبة للمكلف ، كصدقة فطر وفدية الصوم وديون الكفارات، فإ ا عبادات يؤديها المسلم امتثالا لأمر الله تعالى .

و نوع يفرض لتمكين الدولة من القيام لأعباء المصالح العامة للأمة، و هو ما يقابل في الغالب منفعة دنيوية للمكلف فيعتبر مؤونة على المال، كالذي يفرض من الوظائف على الأراضي العشرية و الخراجية وكخمس الغنائم و ما أفاء الله يه على المؤمنين و ما يقرضه الإمام على القادرين من أفراد الأمة للوفاء بالمصالح التي يعجز بيت المال عن الوفاء ا .

ثانيا: تعريف ديون العباد

يراد بديون العباد: الديون التي لها مطالب من جهة العباد على أن حق له كثمن مبيع وأجرة دار وبدل قرض وعوض إتلاف وأرش جناية ونحو ذلك[2]. وهذه الديون وإن كانت في حياة المدين تتعلق بذمته إلا أ ا بعد وفاته فإنه تتعلق بتركته، وهي تنقسم إلى ديون عينية و ديون شخصية[3] .

1- الديون العينية: وهي التي تعلقت بأعيان الأموال قبل وفاة المدين كالدين المتعلق بالعين المرهونة وكدين البائع وكالعين التي جعلها الزوج مهرا لزوجته و مات قبل أن تقبضها .

2- الديون الشخصية وتسمى ديون مطلقة، ومرسلة وهي التي تعلقت بذمة المدين ولم تتعلق بعين من الأعيان. وهي تنقسم إلى ديون الصحة وديون المرض.

الفرع الثاني : حكم امتياز ديون الله على ديون العباد.

اختلف الفقهاء في حكم امتياز ديون الله على ديون العباد على أقوال ثلاث :

---

(1) نزيه حماد: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، المعهد العالي للفكر الاسلامي ، ط 1، 1993 ، ص130 .

(2) المرجع نفسه ، ص132 .

(3) داود أحمد محمد علي: الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، د ط، الأردن، 1982، ص 63.

أولهما لابن حزم الظاهري والشافعية في قول لهم، وحاصل رأيهم أن ديون الله من زكاة وكفارات ونذور إذا اجتمعت مع ديون العباد ،فإن ديون الله لها امتياز على ديون العباد "[1].

قال الإمام ابن حزم :" أول ما يخرج مما تركه الميت - إن ترك شيئا من المال قل أو كثر - ديون الله تعالى إن كان عليه منها شيء: كالحج والزكاة والكفارات وغير دلك، ثم إن بقي شيء أخرج منه ديون الغرماء إن كان عليه دين فإن فضل شيء كفن منه الميت، وإن لم يفضل منه شيء كان كفنه على من حضر من الغرماء، أو غيرهم فإن فضل بعد الكفن شيء نفدت وصية الميت في ثلث ما بقي، ويكون للورثة ما بقي بعد الوصية "[2].

يقول الشربيني[3]:" يقدم في الأداء دين الله تعالى كالزكاة والكفارة والحج على دين الآدمي في الأصح "[4].

ثانيهما للحنفية والمالكية وحاصل رأيهم أن ديون الله إذا اجتمعت مع ديون العباد فإن ديون العباد لها امتياز في الاستيفاء على ديون الله "[5].

يقول الإمام الزيلعي[6]:"إن المراد بالدين الذي يجئ في المرتبة بعد تجهيز الميت هو الدين الذي له مطالب من جهة العباد لا دين التركة و الكفارات ونحوها، لأن هده الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة أداؤها إلا إدا أوصى ا الميت أو تبرع الورثة ا"[1].

---

(1) المحلى، ج 9 ص 253 ، شرح الجلال على المنهاج،ج2، ص41 ، الشربيني، شمس الدين الشيخ محمد بن أحمد الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1958م، ج 3، ص 3..

(2) المحلى، ج 10، ص 314 ، المسألة 1710 .

(3) هو شمس الدين أحمد بن محمد الشربيني القاهري ، عين من أعيان علماء الشافعية في القرن العاشر الهجري ، له مؤلفات كثيرة منها : مغني المحتاج ، والفقه في حل ألفاظ أبي شجاع وكتب في التفسير ، توفي سنة 977 هـ .انظر ترجمته : الزركلي: الأعلام، ج 6، ص 234 .

(4) مغني المحتاج، ج3، ص 3 .

(5) الزيلعي: تبيين الحقائق ،ج 6 ص 230 ، حاشية ابن عابدين، ج5، ص500، ابن عرفة محمد بن أحمد: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار الفكر، بيروت، د ط، ج4، ص458، الحطاب، ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الله المغربي : مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995م.،ج 6 ص 407 .

(6) هو فخر الدين أبو محمد عثمان بن علي بن محجن بن يونس أبو بكر الملقب بفخر الدين الزيلعي، من أهل زيلع، (الصومال) ولد سنة 1305م، فقيه حنفي، كان متمكنا من فقه الحنفية، أقام بالقاهرة، وجلس للتدريس والإفتاء وتولى مشيخة العلماء، من مؤلفاته: تبيين الحقائق وهو شرح على ك الدقائق للنسقي ، توفي غام 1313م، ودفن بقرافة . انظر ترجمته أبو الوفا، الجواهر المضيئة، ج3، ص519-520.

يقول أبو البركات الدردير[2] :" بعد تجهيز الميت يجب قضاء ديونه التي لآدمي من تركته كلها، ثم زكاة فطر وكفارات أشهد في صحته أ ا بذمته ، فإن أوصى ا ولم يشهد فمن الثلث و مثل كفارات أشهد ا زكاة عمن حلت و أوصى ا"[3] .

ثالثهما للحنابلة وحاصل قولهم التسوية بين ديون الله وديون العباد، فإذا تزاحمت استوفت بنسبة كل منهما"[4].

يقول الشيخ منصور بن إدريس[5]:" بعد مؤونة تجهيز الميت من تركته تقضى ديونه سواء أوصى ا أو لا وسواء كانت لله تعالى كزكاة المال وصدقة الفطر والكفارات والحج الواجب والنذر، أو كانت لآدمي كالقرض وثمن ما اشتراه و نحو ذلك[6].

- الأدلة

استدل كل فريق بالأدلة التالية :

أ - أدلة القول الأول

أولا :- ما رواه ابن عباس أن امرأة من جهينة جاءت رسول الله ρ فقالت يا رسول الله إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت، أفأحج عنها ؟ قال: نعم حجي عنها، أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيه ؟ أقضوا الله فالله أحق بالوفاء[7].

---

(1) تبيين الحقائق ج 4 ص 230.

(2) هو أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، فقيه مالكي مصري و صوفي ولد ببني عدي من إقليم أسيوط عام 1715م ، أصبح شيخا لطريقة الخلوتية، جلس للتدريس و الفتوى على المذهب المالكي ، توفي بالقاهرة و دفن بزاويته عام 1786م . من تصانيفه، أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، انظر ترجمته: شجرة النور الزكية، ص359.

(3) ا الشرح الصغير، ج4، ص618.

(4) المغنى ج 2 ص 466، البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، بن حسين بن إدريس: . كشاف القناع على متن الإقناع، عالم الكتب، د ط، 1983م، ج2، ص 541.

(5) هو منصور ابن يونس بن صلاح الدين بن حسن ادريس الباهوتي، فقيه حنبلي، وشيخ الحنابلة بمصر في عهده، سُمي بالباهوتي نسبة إلى باهوت، (غرب مصر)، من تصانيفه: الروض المربع شرح زاد المستقنع، كشاف القناع على متن الإقناع، انظر ترجمته: الزركلي، الأعلام، ج8، ص269.

(6) كشاف القناع ج 2، ص 541 .

(7) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب جزاء الصيد، باب الحج و النذور عن الميت حديث رقم 1754، وأخرجه النسائي في سننه، كتاب مناسك الحج، باب الحج عن الميت إذا نذر أن يحج،حديث رقم 2632.

وجه الدلالة :

قال الشوكاني: "فيه دليل على أن دين الله مقدم على دين الآدمي. والحديث وإن كان واردا في النذر بالحج إلا أنه يلحق به كل حق لله يثبت في الذمة ككفارة والزكاة وغير ذلك"[1].

فالرسول اللهً ρ قال: ((للمرأة التي استفسرت منه عن أداء دين من ديون الله وهو النذر بالحج، فقال اقضوا الله فالله أحق بالوفاء)) : وكلمة أحق تفيد أن دين الله إذا اجتمع مع غيره من الديون يكون أولى بالوفاء من غيره.

ثانيا - ما رواه مسلم عن ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة أتت رسول الله ρ فقالت:"إن أمي ماتت وعليها صوم شهر، فقال : أرأيت لو كان عليها دين، أكنت تقضينه؟ قالت: نعم، قال: " فدين الله أحق بالقضاء"[2] .

وجه الدلالة :

يقول النووي في شرحه للحديث :"فيه دليل لمن يقول إذا مات وعليه دين لله تعالى ، ودين لآدمي و ضاق ماله ، قدم دين الله تعالى لقول النبيً ρ: " فدين الله أحق بالقضاء"[3].

فقوله ρ"أحق بالقضاء "أنه جعل دين الله أحق بالقضاء من ديون العباد.

ب- دليل القول الثاني:

استدل الحنفية و المالكية على قولهم بامتياز ديون العباد على ديون لله تعالى: أن الله غني و العبد محتاج، ومن يحتاج أولى ممن لا يحتاج، لهذا وجب تقديم دين العبد على دين الله فالفقر للعبد و غنى للرب"[4].

ج- دليل القول الثالث:

أولا :-استدلوا بقوله تعالى: " مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ "[5].

---

(1) نيل الأوطار، ج 4، ص 321

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الصوم، باب قضاء الصوم عن الميت ، حديث رقم 1148 ، ج 2 ص 80، والبخاري في صحيحه ، كتاب الصيام، باب من مات وعليه صيام، حديث، رقم 1852 النسائي في سننه، كتاب الحج، باب الحج عن الميت، كتاب الصيام، باب قضاء الصيام عن الميت، حديث رقم ,155.، البيهقي، سنن البيهقي، كتاب مناسك الحج، باب من قال يصوم عنه وليه ،ج4 ص 255 .

(3) صحيح مسلم بشرح النووي ج 8 ص 29 .

(4) الطحاوي على الدر المختار ج 4 ص 365 ، تبيين الحقائق ج 4 ص 230 ، حاشية الدسوقي ج 3، ص 276، الدردير، أبو أبو البركات سيدي أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي الحكم: . الشرح الكبير على مختصر خليل دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ج4، ص 471ـ 472، الصاوي، أحمد بن محمد- الشرح الصغير على أقرب المسالك :، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، د ط، 1952، ج 4 ص618.

(5) النساء : 11.

وجه الدلالة في هذه الآية : أ ا قد أفادت تقديم الدين ،لأن لفظ الدين عام يشمل ديون الله وديون العباد معا دون تخصيص، فيبقي العام على عمومه، ويقدم من ديون العباد ما كان متعلقا بعين مال على غيره "[1].

مناقشة الأدلة و الترجيح:

أولا: مناقشة أدلة القول الثاني: إن نسبة الحق لله تعالى هو تعظيمه، كما يقول التفتازاني[2] وإلا فالله غني عن العالمين ويؤيد هذا قوله تعالى:" **لَنْ يَنَالَ اللَّهَ لُحُومُهَا وَلا دِمَاؤُهَا وَلَكِنْ يَنَالُهُ التَّقْوَى مِنْكُمْ** "[3].

ومع نسبة الحق لله تعالى للتعظيم فانه يتعلق به حاجة الفقراء والمساكين، إلا أن هذا الدليل عقلي لا يرقى لمعارضة حديث ابن عباس الذي يدل على تقديم دين الله على دين العباد.

ثانيا: مناقشة دليل الحنابلة :

نوقش دليلهم بأن لفظ الدين في الآية يعم ديون الله وديون العباد ولا يستلزم المساواة بينهما ولا بنافي أن ديون العباد أحق قي التقديم عند الوفاء .

الترجيح :

على ضوء عرض الأدلة والمناقشات التي وردت عليها، نجد أن استدلال الظاهرية قد سلم من المناقشات التي اعترض ا على أصحاب الآراء الأخرى، فضلا عن ذلك فإن العمل بمقتضى مذهب الظاهرية في المسألة ينطوي على أمر هام يجب الحفاظ عليه وهو المصلحة العامة (النفع العام) ولذلك تقدم ديون الله في الاستيفاء رعاية للمصلحة المستهدفة من ورائها والتي ترجح على المصلحة الخاصة. وقد عبر الفقهاء عن ذلك يقولهم "و يتحمل الضرر الخاص لأجل الضرر العام"[4]. والضرر الخاص هنا فوات استيفاء دين العبد لتزاحمه مع الزكاة وهي حق الرب، لأن في فوا ا ضرر عام لجميع الناس. ولأن النفع ا لا يقتصر على فئة معينة، كما أن الدائن ا ليس فردا بعينه وإنما هو ا تمع بأسره. ويقصد ا تعظيم الله وإقامة شعائره أو تحقيق النفع العام دون اختصاص بأحد.

---

(1) المغني ج 6 ص 156 ، كشاف القناع ج 2 ص 541 .

(2) التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح لمت التنقيح، ت: زكريان عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ج2، ص151.

(3) الحج : 37.

(4) ابن نجيم : الأشباه و النظائر ، ص 87 .

وتقرير الامتياز لديون الله على ديون العباد يؤكد هذا المعنى. ذلك أن إثراء المحافظة عليها وتقرير امتيازها من شأنه أن ينشط قنوات الخير في ا تمع ويوسع على قطاع عريض من أبنائه وهو جدير بتلك الحماية ، ولهذا فإنني أرجح الرأي القائل بامتياز ديون الله على ديون العباد لهذه الاعتبارات.

ويلاحظ بالنسبة للتشريع الجزائري فيما يخص ديون الله تعالى أنه لم يتعرض إليها منتهجا في دلك مذهب الحنفية والمالكية الدين يسقطون هدا النوع من الحقوق ما لم يوص ا. فقد جاء في المادة 2/180 من قانون الأسرة الجزائري أنه: يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي :

1- مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى .

3- الوصية.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإذا لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة .

وعليه فالمراد بالديون في المادة: الديون التي لها مطالب من جهة العباد، أما ديون الله فلا تطالب ا التركة .

المطلب الثاني: امتياز المبالغ المستحقة لبيت المال.

مما لا شك فيه أن حاجة الدولة إلى المال أمر ضروري، حتى تتمكن من تسير مرافقها، وتقديم خدما ا لرعاياها، و حماية حدودها من الاعتداء عليها و إشاعة الأمن داخل حدودها وعلى إقليمها من المنحرفين، وملاحقة التطورات الاقتصادية والصناعية والتكنولوجية وغيرها من الأغراض التي تسعى لتأمينها الدولة، والتي تتأبى على الحصر. وإذا ما كان شأن المال ذه المكانة، وأكثر ، فإن توفير مصادر الحصول عليه، وتأمين استيفائه من هذه المصادر؛ يكون من الأولويات التي لا مناص منها، و بما يقتضى تأمين الحصول عليه كله من الوعاء المخصص له ،و تقديمه على سائر الديون .

فما حكم استيفاء الدولة لماليتها بذمة الآخرين إذا تزاحمت على ذمة المدين المالية حق بيت المال وحق دائنين ، فأيهما يتقدم في الوفاء ؟ و أيهما يعتبر دينا ممتازا؟

الفرع الأول: بيت المال وموارده.

أولا: بيت المال في اللغة: أصل البيت وهو مأوى الأمسان بالليل، لأته يقال: بات بالليل، ثم صار يطلق على المسكن بيت من غير اعتبار الليل فيه، ويجمع على أبيات وبيوت، ولكن البيوت بالمسكن أخص، والأبيات بالشعر أخص .

وبيت المال هو : المكان المعد لحفظ المال ، سواء كان خاصا أم عاما ، مأخوذ من البيت، وهو موضع المبيت[1].

- بيت المال اصطلاحا : استعمل لفظ بيت مال المسلمين أو بيت الله في صدر الإسلام للدلالة على المكان الذي تحفظ فيه الأموال العامة للدولة الإسلامية، من المنقولات خاصة كالفئ و خمس الغنائم و نحوهما، إلى أن تصرف في وجوهها، ثم اكتفى بكلمة بيت المال للدلالة على هذا الاسم حتى أصبح عند الاطلاق ينصرف إليه[2].

وقد عرفه الماوردي[3] بقوله بيت المال :" عبارة عن الجهة لا عن المكان"[4].

وعرفه ابن المبرد بقوله:" هو الذي يضع الإمام فيه أموالهم التي تحصل لهم ويفرقها عليهم" [5]. و يتفق هذا التعريف مع التعريف الأول في المعنى ، و إن اختلفت عنه في اللفظ .

وقد تطورمفهوم بيت المال في العصورالإسلامية اللاحقة، حتى صار يطلق هذا الاصطلاح على الجهة التي تملك المال العام للمسلمين، من النقود والعروض والعقارات، وبناء على ذلك صار بيت المال له شخصية اعتبارية، يعامل معاملة الشخص الطبيعي من خلال ممثليه، فله ذمة مالية بحيث تثبت الحقوق له وعليه، وترفع الدعوى منه وعليه[6].

ثانيا : موارد بيت المال

كانت الدولة الإسلامية تحصل على المال من موارد[7] متعددة يساهم الأشخاص في تأمينها حسب مفترضات متعددة بالأشخاص الذين يساهمون في مد الدولة ببعض الموارد بما يؤدونه من ضرائب ورسوم، ونحوها. وتتمثل هذه الموارد في :

الزكاة والركاز، المعادن، العشور، الغنائم، الجزية، الفيء ، الخراج ، ميراث من لا وارث له، الهبات، والوصايا، والأوقاف الخ.

([1]) الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، ت: محمد سيد الكيلاني، د.ط ،1961م، ص64 .

([2]) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص 95 .

([3]) هو أبو الحسن، علي بن محمد بن حبيت البصري المعروف بالماوردي، كان من وجوه الفقهاء الشافعية، ومن كبارهم ، تولى القضاء ببلدان كثيرة ،توفي سنة 450 هـ ، من مؤلفاته : الأحكام السلطانية ، تفسير القرآن الكريم . انظر ترجمته : طبقات الشافعية ، ج 5 ،ص 267 .

([4]) الماوردي : الأحكام السلطانية ص 132 .

([5]) ابن المبرد ، أبي المحاسن يوسف بن حسن بن عبد الهادي الحنبلي : الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي ، ج 3 ص 563

([6]) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ص 95 .

([7]) الأزرق، أحمد علي : السياسة المالية للدولة في صدر الإسلام، ص9 .نقلا عن رجيب : حقوق الامتياز ، ص 182 .

وهذه الأموال تعتبر موارد بيت المال ، والتي تحصل منها الدولة الإسلامية، على ما تيسر لها من سبل الإنفاق فيما يلزمها للأغراض التي بينها آنفا . و ا يتحدد وعاء هذا الامتياز .

- ومما يجدر ذكره أن معظم هذه الموارد قد انتهى وجودها في هذا العصر كمورد ثابت من موارد الدولة الإسلامية فالزكاة مثلا أصبحت في معظم الدول الإسلامية موكول أمرها إلى من يملك النصاب فإن شاء أداها، وإن شاء منعها ولا تتدخل الدولة في إلزامه بدفعها ولا تحصيلها، وإنما يرجع ذلك على مدى إيمان المسلم بربه.

- وأما الجزية فقد توقف العمل ا، لأن من يقيم في ديار المسلمين من غير المسلمين أصبحوا من مواطني الدولة ورعاياها يساهمون مع المسلمين في الدفاع عن حمى الوطن، ويوقع عليهم ما يوقع على المسلمين من التزامات تفرضها لدولة على رعاياها، إضافة إلى أنه ليس للمسلمين اليوم شوكة لحماية أنفسهم وديرهم، فأنى لهن أن يفتحوا بلادا جديدة، يلتزمون بحماية أهلها مقابل دفع الجزية.

- وأما الخمس من الغنائم فما عاد له ذكر إذ أن هذه الأمة تركت الجهاد ورفعت رايات السلام والتسليم وفقدت هيبتها في ميادين القتال، وتداعت عليها الأمم.

وكذلك الخراج ما عاد موردا للدولة الإسلامية بسبب ما آلت إليه من ضعف في شخصيتها الاعتبارية أمام غيرها إذ قعدت عن الجهاد بل وحتى عن الدفاع عن النفس[1].

- والسؤال الدي يطرح : هل للدولة الإسلامية اليوم في ظل الظروف القائمة أن تفرض على مواطنيها ضرائب في أموالهم مع غياب هذه الموارد ؟ أو ما أطلق عليه الفقهاء المتقدمين مسألة توظيف الإمام أموال الأغنياء إذا لم تف الأموال التي بين يديه بالحاجة[2]؟ وهي مسألة ليس محل بحثنا ، إلا أننا سنشير إلى القول الراجح عند الفقهاء في المسألة و مستند ترجيح قولهم بما يتسنى معه بيان حكم امتياز الديون المستحقة للخزانة العامة قياسا عليها.

الفرع الثاني: حكم امتياز ديون بيت المال.

([1]) بحث عثمان جمعة ضميرية : مدى تدخل الدولة في فرض الضرائب و توظيف الأموال ، بحث منشور في مجلة البيان ،العدد 13 ،أغسطس 1988 ، ص 39.

([2]) و هي مسألة محل نزاع بين الفقهاء ، قال بمنعها أبو يوسف من الحنفية و الشيخ تقي الدين بن تيمية ، كما أجازها الإمام الجويني و الإمام الشاطبي و غيرهم بشروط. انظر: أبو يوسف، يعقوب بن ابراهيم : الخراج، دار المعرفة، بيروت لبنان، ص 71، ابن تيمية: مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن قاسم النجدي، دار عالم الكتب ، د.ط ،1412 هـ ، ج28، ص278، الجويني: غياث الأمم ، ص 199 ،الشاطبي، ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي: الإعتصام ، المكتبة التجارية، مكة المكرمة ،ج 3 ص 121، ابن حزم : المحلى، ج6، ص159، راجع : بحث عثمان جمعةضميرية : مدى تدخل الدولة في فرض الضرائب و توظيف الأموال ، بحث منشور في مجلة البيان، العدد 13، أغسطس 1988 ، ص 39 .

يمكن الاستدلال على امتياز ديون بيت المال بمايلي :

ـ أن ما ينفق في المصالح العامة، ومرافق الدولة كالدفاع والأمن، والتعليم والصحة، ونحوه، لا شك أنه يستفيد منه جموع المسلمين من قريب أو بعيد، وإذا كان الفرد يستفيد من وجود الدولة، ويتمتع بالمرافق العامة في ظل إشرافها وتنظيمها، وحمايتها للأمن الداخلي والخارجي، فلا بد أن يسهم بالمال اللازم عند الحاجة، لتتمكن الدولة من القيام بأعبائها ومسؤوليتها، فكما يغنم الفرد من ا تمع ممثلا في الدولة ونشاطا ا يجب أن يغرم، ، ويدفع ما يخصه من ضرائب والتزامات تطبيقا للقاعدة الشرعية "الغرم بالغنم"[1].

- قياس المسألة على جواز توظيف الإمام على أموال الأغنياء إذا لم تف الأموال التي بين يديه بالحاجة ، حيث يفهم مما نص عليه كثير من العلماء في المسألة ، أنه لا مانع من فرض ضرائب ورسوم عادلة إذا دعت لذلك ضرورة ملحة. وليس في بيت المال ما يكفيل ذلك .وظاهر أن مستند هذا الرأي هو رعاية المصلحة الشرعية ، إذ يحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

ونرى بأنه إذا كان الأمر كذلك، فإنه مما لا يمارى فيه، أيضا بأنه : لو تزاحم على ذمة المدين المالية، حق لبيت المال، وحق لدائن الدائنين، أن يتقدم وفاء حق بيت المال على وفاء الدائن لعظم خطر الأول (خلو بيت المال)، وأن ضرر انتقاص حق بيت المال أدهى من ضرر انتقاص حق دائن فرد، و هذا هو الامتياز[2].

فقد نقل عن كل من الإمام الغزالي[3]:والشاطبي[4]: أنه إذا عورض هذا الضرر المتمثل بافتقار بيت المال إلى ما يجب لتكثير الجنود لسد الثغور ، وحماية الملك المتسع الأقطار، وخلا بيت المال، وارتفعت حاجة الجند إلى ما يكفيهم بالضرر اللاحق بالأغنياء المتمثل بأخذ البعض من أمولهم، فلا يتمارى في ترجيح

---

(1) انظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1، ص 90 ، المادة 87 .

(2)رجيب : حقوق الامتياز ، ص 185 .

(3) هو أبو حامد ، محمد بن محمد الطوسي الغزالي، الإمام الفقيه الأصولي ، المتكلم حجة الإسلام، ولد بطوس سنة 450 هـ كان والده يغزل الصوف، رحل في طلب العلم و أخذ عن جماعة منهم : الجويني ، برع في علوم شتى كالفقه و الأصول و التصوف، صنف كتب كثيرة منها : إحياء علوم الدين ، المستصفى و المنخول ، توفي سنة 505 هـ .انظر ترجمته : طبقات الشافعية ،ج 2 ص 111 .

(4) هو أبو اسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الغرناطي، المعروف بالشاطبي ، الإمام الحافظ الفقيه الأصولي، برع في الفقه و الأصول و العربية، أخذ العلم عن أبي عبد الله المقري وابن مرزوق التلمساني و غيرهما ، من مصنفاته : الموافقات و الاعتصام ، توفي سنة 790 هـ . انظر ترجمته : شجرة النور الزكية ، ص 231 .

الأول أي سد حاجة الدولة على الثاني الأخذ من أموال الأغنياء، وهو ما يعلم من مقصد الشارع قبل النظر في الشواهد.

قال الإمام الشاطبي:" .... فالدين يحدرون من الدواهي، لو تنقطع عنهم الشوكة، يستحقرون لا إضافة إليها أموالهم كلها، فضلا عن اليسير منها ، فإدا عورض هدا الضرر العظيم، بالضرر اللاحق لهم ، يأخد بعض أموالهم ن فلا يتمارى في ترجيح الثاني على الأول، وهو مما يعلم من مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد"(1).

- يقول الإمام الغزالي: إذا خلت الأيدي من الأموال، ولم يكن من مال المصالح ما يفي بخراجات العسكر، ولو تفرق العسكر واشتغلوا بالكسب لخيف دخول العدو ديار المسلمين، أو خيف ثوران الفتنة من أهل العرامة في بلاد الإسلام جاز للإمام أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند"(2).

- ومن قواعد الشريعة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام بمعنى أن نفع الجماعة مقدم على نفع الفرد، وإن تضررت هذه - المصلحة الخاصة- لأنه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، ولأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

وقد اقتضى حفظ المال العام من المقنن أن يقرر الامتياز لبعض الديون التي تتعلق به ليضمن استيفائها بالتقدم على غيرها من الديون و ذلك مثل المبالغ المستحقة للخزانة العامة، حيث نصت المادة 991 م.ج على أنه:"**المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان، لها امتياز ضمن الشروط المقررة في القوانين و المراسيم الواردة في هدا الشأن . وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت و قيل أي حق آخر، و لو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي ، ما عدا المصاريف القضائية** " .

ويتحدد محل هدا الامتياز بما يحدده القانون الخاص بكل مبلغ مستخق للخزانة العانة . فقد يرد مخل الامتياز على جميع أموال المدين المنقولة منها والعقار على السواء.فيكون امتيازا عاما شأن الضرائب العامة على الدخل و شأن الضريبة على أرباح المهن غير التجارية و الضريبة على الأرباح التجارية و الضريبة العامة على الدخل . فإذا وقع على عقار فإن القانون لا بستوجب الشهر، و يكون حجة على الكافة دون اتخاد إجراء القيد، كما قد يرد على عقار و منفول معين في نفس الوقت شأن ضريبة الأطيان الزراعية التي ترد على الأرض الزراعية و كذلك على ثمارها و محصولا ا و المنقولات الملحقة ا

---

(1) الاعتصام ، ح 2، ص 195- 196.

(2) الغزالي، أبي حامد: المستصفى من علم الأصول، ت: محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة ط1،1997 م ، ج 2 ص 303 .

.و الأمر نفسه بالنسبة لضريبة المباني, إلا أنه عند التنفيذ يبدأ بالمنقولات ، فإذا لم تكف قيمتها ينفذ على العقارات[1] . أما في الفقه الإسلامي ، فإن وعاء هذا الامتياز يتحدد كما ذكر آنفا على الأموال التي تعتبر موارد لبيت المال ، و التي تحصل منها الدولة الإسلامية ، عقارية كانت أو منقولة ، لأن الفقه الإسلامي لا يميز في إ؟جراء التصرفات بين ما يقع على العقلر أو المنقول.

ويقوم هذا الامتياز على اعتبارات المصلحة العامة باعتبار أن الضرائب والرسوم تشكل مورد لخزانة الدولة وتساهم في إدارة مرافق البلاد العامة[2]. وهو لا يختلف عن مبنى امتياز المبالغ المستحقة لبيت المال وهو الحق الثاني الذي يمنحه القانون للحزينة العامة، والذي لا يتصور إلا عندما يتزاحم الحق المستخق للحكومة، مع دائن آخر على ذمة المدين المالية ، وعندما لا تتسع عناصرها الايجابية لوفاء حقوق الدائنين كافة .

المبحث الثاني: امتياز الديون الشخصية

الديون الشخصية هي التي لا تتعلق بعين معينة، وهي تقابل الديون العينية في الفقه الإسلامي وتأتي مرتبتها في الاستيفاء بعدها[3]. وهي تتعلق بالذمة في الفقه الإسلامي والقانوني، و ثبو ا في الذمة يقوم على أساس التزام المدين ا.

المطلب الأول: امتياز ديون النفقات.

ديون النفقة تعتبر حقا للدائن ا كما أ ا تمثل في المقابل التزاما في ذمة المدين ا وهو التزام مصدره إلزام الشارع بناء على وجود سببها غير الإرادي وهو القرابة التي تربط بين الدائن والمدين ا"[4] وهي

---

(1) سوار الدين: الحقوق العينية التبعية، ص351، السنهوري، الوسيط، ج10، ص950، زكي : التأمينات العينية و الشخصية، ص 443، زهران، التأمينات العينية و الشخصية، ص 715-716 ، رجيب : حقوق الامتياز ،ص 187 -188

(2) الواضح في شرح القاموم المدني الجزائري ، ص354 .

(3) الميراث المقارن ص 92

(4) يعرف الالتزام في الفقه الإسلامي : بأنه ترتيب الشارع شغل الذمة بما يجبر الوفاء به على سبب إرادي أو جبري راجع: العطار عبد الناصر توفيق : نظرية الالتزام في الشريعة و التشريعات العربية، مطبعة السعادة، القاهرة ، 1975 ، ص 32 .

تتعلق بأموال المدين ا وتستوفى منها جبرا، كما أن الدائن العادي إذا تزاحم مع دائن ا فإنه لا يستطيع أن ينفذ بحقه على ما يكفى لها، ولهذا كان لها شبه بالديون"[1] من ناحية أولوية استيفائها.

الفرع الأول: حكم امتياز نفقات الشخص

قرر الفقهاء في المذاهب المختلفة أن لنفقات الشخص امتياز في الاستيفاء ، حيث تقدم على جميع الديون ، و في ذلك ذكر أقوال الفقهاء في المسألة:

1- في المذهب الحنفي :

يقول صاحب الهداية "وينفق على المدين من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه ممن يجب نفقته عليه "[2]

2-في المذهب المالكي:

ورد في جواهر الإكليل:" وترك للمفلس الذي أريد قسمة ماله على غرمائه قوته وترك له أيضا النفقة الواجبة عليه لغيره كزوجته وولده ووالده وأمهات أولاده لظن بصرته وترك له ولمن تلزمه نفقته كمو م كل من المفلس ومن تلزمه نفقته دستا ـ بفتح الدال المهملة وسكون السين ـ أي ملبوسا معتادا لمثله قال الحطاب: يعنى بالدست القميص والعمامة والسراويل والمكعب أي المداس وأما ثياب الزينة فلا تترك له ولمن تلزمه نفقته على المشهور"[3].

3-في المذهب الشافعي:

يقول صاحب اية المحتاج:" وينفق الحاكم حتما من مال المفلس عليه وعلى من عليه نفقته من زوجته وقريب وأم ولد حتى يقسم ماله لأنه موسر لم يزل ملكه عنه وينفق على زوجته نفقة المعسرين كما رجحه المصنف وغيره خلافا للرافعي و الروياني أنه ينفق نفقة الموسرين و إلا لما أنفق على القريب، فقد

---

(1) إن تسمية النفقة دينا ليس على الحقيقة،لأن الدين ما ثبت في الذمة بدلا عن شيء علي سبيل المعاوضة أوجيتها النصوص الشرعية على الإنسان من غير أن يكون هناك فعل أو عقد يترتب على هدا الإيجاب و ذلك كالنصوص التي توجب الزكاة و النفقة فليس دين على من وجبت عليه، فالزكاة وجبت شكرا لله و لم توجب عوضا عن شيء آخر ، و إنما هي صلة تشبه المؤن من جهة أ ا تجب على العبد كفاية لما يحتاج إليه أقاربه بم لة النفقة على نفسه بخلاف نفقة الزوجة شبه بالعوض من جهة أ ا وجبت جزاء الاحتباس فتصير دينا بالالتزام. انظر : أحكام المواريث ص 91 .

(2) الهداية مع تكملة الفتح، ج7، ص319.

(3) المواق محمد: التاج و الإكليل،شرح مختصر خليل ، مطبوع امش مواهب الجليل ، دار الفكر ، بيروت، ط3 ، 1992 م ، ج2، ص 92، الخرشي، ج5، ص 275-276.

ورد رد بأن اليسار المعتبر في نفقة الزوجة غير اليسار المعتبر في نفقة القريب وبيان نفقة الزوجة لا تسقط بعض الزمان بخلاف القريب، فلا يلزم من انتفاء الأول انتفاء الثاني، والمراد بقوله ينفق يمون فيشمل الكسوة والإسكان والإخدام وتكفين من مات منهم قبل القسمة لأن ذلك كله عليه، وشمل ما ذكره الواجب في تجهيزه وكذا المندوب إن لم يمنعه الغرماء"[1].

وجاء في تكملة ا موع: "نفقته مقدمة على الدين وكذا من تلزمه نفقته، لأ م يجرون مجرى نفسه". [2]

4-في المذهب الحنبلي:

يقرر ابن قدامة أنه: "إذا حجر على المفلس،كان ذا كسب يفي بنفقته و نفقة من تلزمه ، فنفقته في كسبه ، فإنه لا حاجة إلى إخراج ماله مع غناه بكسبه ، فلم يجز أخذ ماله كزيادة على النفقة، وإن كان كسبه دون نفقته،كملناها من ماله، وإن لم يكن ذا كسب، أنفق عليه من ماله مدة الحجر وإن طالت، لأن ملكه باق"[3].

ونستخلص من عرض أقوال الفقهاء في دين النفقات، إجماعهم على تقرير امتياز نفقات الشخص نفسه و نفقة من تجب نفقتهم عليه كالزوجة والولد.

وقد نقل ذلك ابن قدامة بقوله: "وممن أوجب الإنفاق على المفلس وزوجته وأولاده الصغار من ماله أبو حنيفة ومالك والشافعي و لم يعلم أحدا خالف في ذلك"[4].

ثانيا : الأدلة

استدل الفقهاء على امتياز دين نفقات الشخص في الاستيفاء بالسنة والإجماع والمعقول:

أ ـ من السنـة :

- ما روى عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ρ قال لرجل : "ابدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل شيء فلأهلك ، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرلبتك شيء فهكذا و هكذا "سبق تخريجه.

وجه الدلالة : دل الحديث على الابتداء في النفقة بالمذكور على هذا الترتيب، كما دل على أن الحقوق و الفضائل إذا تزحمت قدم الأوكد فالأوكد[5].

---

(1) اية المحتاج، ج3، ص 321، مغنى المحتاج، ج 2، ص 153.

(2) تكملة ا موع ، ج 13، ص 290.

(3) المغنى، ج4، ص285 .

(4) المرجع نفسه، ص285 .

(5) شرح النووي ، ج 7 ص 83 .

يقول الشوكاني :" وحديث جابر فيه دليل على أنه لا يجب على الرجل أن يؤثر زوجته و سائر قرابته بما يحتاج إليه في نفقة نفسه ، ثم إذا فضل عن حاجة نفسه شيء فعليه إنفاقه على زوجته ، و قد انعقد الإجماع على وجوت نفقة الزوجة ، ثم إذا فضل عن ذلك شيء فعلى ذوب قرابته"[1] .

ب- من الإجماع:

قد أجمع الفقهاء على وجوب تقديم نفقة المفلس وزوجته وأولاده ومن يعول على ديون الغرماء في الاستيفاء وحكى الإجماع ابن قدامة والشوكاني[2].

جـ - من المعقول:

قال صاحب العناية: "الإنسان لا يجوز إهلاكه لمكان الدين لأنه لو توجه الهلاك بالمخصصة لكان له أن يدفعه بمال الغير فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير[3]، إن هذا يدل عقلا على وجوب تقديم النفقة على ديون الغرماء.

الفرع الثاني:حكم متياز نفقة الزوجة

يقسم الفقهاء النفقة إلى قسمين: نفقة الإنسان على نفسه ونفقة تجب على الإنسان لغيره وهي: الزوجة - نفقة الأقارب.

والفقهاء يقصدون بالنفقة في كتاب النكاح: نفقة الزوج على زوجته، وأن نفقة الزوجة واجبة على الزوج، فيجب على الزوج أن ينفق على الزوجة النفقة التي تكفيها بالمعروف من مطعم ومشرب ومسكن وملبس، وما يتبع دلك من أمور الحياة المهمة والمقدرة بالعرف مما لا يخالف الشرع. وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع[4] .

لنفقة الزوجة امتياز على غيرها من النفقات الواجبة على الرجل لغيره ، يقول الحطاب :" إن نفقة الزوجة مقدمة على نفقة الولد والوالدين"[5]

---

(1) نيل الأوطار ، ج6 ص 281 .

(2) المغنى، ج 4، ص285، نيل الأوطار، ج6، ص361.

(3) العناية علي الهداية ، ج7، ص 329 .

(4) الماوردي، أبي الحس :الحاوي الكبير، ت: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م ج11، ص415، انظر: مغني المحتاج،ج3،ص426، ،المغني ج8، ص156. ، الكاساني، أبو بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1974، ج4، ص15 فتح القدير، ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي كمال الدين : فتح القدير ،دار الفكر، بيروت، ط 2، د ن، ج4، ص379.

(5) مواهب الجليل ، ج 2، ص 365 .

ولأن نفقتها واجبة على سبيل المعاوضة، فلذلك فهي واجبة مع اليسار والإعسار، يقول البهوتي: "فإن فضل عنه نفقة فلأكثر بدأ بامرأته، لأ ا واجبة على سبيل المعاوضة فقدمت على المواساة لذلك وجبت مع اليسار و الإعسار"[1].

وقال النووي: " إذا اجتمع على الشخص الواحد محتاجون ممن تلزمه نفقتهم، نظر إن وفى ماله أو كسبه بنفقتهم فعليه نفقة الجميع قريبهم وبعيدهم وإن لم يفضل عن كفاية نفسه إلا نفقة واحد، قدم نفقة الزوجة على نفقة الأقارب، لأن نفقتها آكد ، فإ ا لا تسقط بمضي الزمان ، ولا بالإعسار "[2].

ويقول ابن قدامة :"وكذلك زوجته تقدم نفقتها لأن نفقتها أكد من نفقة الأقارب لأ ا تجب من طريق المعاوضة، وفيها معنى الإحياء، كما في الأقارب، وممن أوجب الإنفاق على المفلس وزوجته وأولاده الصغار من ماله، أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم أحدا خالفهم"[3]

قال المرداوي : " الصحيح من المذهب : وجوب نفقة أبويه وإن علوا، وأولاده وإن سفلوا بالمعروف...إذا فضل عن نفسه وامرأته"[4].

- الأدلة.

أ - من الكتاب :

قوله تعالى :" لُينفق ذُو سعة من سعته ومن قُدر علَيه رِزقُهُ فَلْينفق مما آتاهُ اللهُ لا ُيكَلفُ اللهُ نفْساً إِلا ما آتاها سيجعلُ اللهُ بعد ُعسرٍ ُيسراً "[5]

وجه الدلالة :

أن الله أمر الأزواج أن يسكنوا الزوجات مما يجدون من السعة، وسواء كان دلك حال اليسار أو حال الإعسار، فدل الأمر على وجوب النفقة، والإنفاق حال اليسار والإعسار يدل على وجوب تقديم الزوجة على غيرها ، إذ أن نفقة الآباء والأمهات ونحوهم لا تحب إلا في حال اليسار "[6].

ب- من السنة :

---

(1) كشاف القناع، ج 5، ص 484 .

(2) ابن بطال أبو الحسن بن يخلف بن عبد الملك، شرح صحيح البخاري، ت:أبو تميم ياسر، مكتبة الرشد، الرياض، د.ط، ج7، ص530.

(3)المغني، ج 4، ص 375.

(4)الإنصاف" ج9، ص392 .

(5)الطلاق:7.

(6) الجامع لأحكام القرآن ج 18، ص 171 .

- عن جابِرٍ أن رسُولَ الله ρ قَالَ: " **ابدأ بنفسك فتصدق عليه، فَإِنْ فَضلَ شيء فَلأهلك، فَإِنْ فَضلَ عن أهلك شيءٌ فَلذي قرابتك، فَإِنْ فَضلَ عن ذي قرابتك شيءٌ فهكذا وهكذا،** بين **يديك، وعن يمينِك، وعن** شمالك **".**[1]

وجه الدلالة :

حديث جابر τ فيه دليل على أنه لا يجب على الرجل أن يؤثر زوجته وسائر قرابته بما يحتاج إليه في نفقة نفسه ثم إذا فضل شيء، فعليه إنفاقه على زوجته، وقد انعقد الإجماع على وجوب نفقة الزوجة، ثم إذا فضل شيء فعلى ذوي قرابته[2].

- وعن أبي هريرة τ قال : **قال رسول الله ρ: "تصدقوا [3]. فقال رجل: يا رسول الله عندي دينار قَالَ : تصدق به على نفسك.قال: عندي آخر قال: تصدق به على زوجتك قال: عندي آخر. قال: تصدق به على ولدك قال: عندي آخر. قال: تصدق به على خادمك. قال: عندي آخر قال: أنت أبصر .**[4]

قال الخطّابي:"هذا الترتيب إذَا تأملته علمت أنه ρ قدم الأولى فالأولى والأقرب فالأقرب"[5].

- عن أبي هريرة τ أن رسول الله ρ قال: "خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، وابدأ بمن تعول"[6].

وجه الدلالة :

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، حديث رقم 997.

(2) نيل الأوطار، ج 1، ص 281 .

(3) وتسمية النبي ρ النفقة على الأهل صدقة لا يعني أ ا مستحبة فقط .قَالَ الْمُهلب : " النفَقَة علَى الْأَهل واجبة بِالْإِجماع , وإِنما سماها الشارِع صدقَة خشية أَنْ يظُنوا أَن قيامهم بِالْواجِبِ لَا أَجر لَهُم فيه , وقَد عرفُوا ما في الصدقَة من الْأَجر فَعرفَهُم أَنها لَهُم صدقَة , حتى لَا يُخرجُوها إِلَى غَير الْأَهل إِلا بعد أَنْ يكْفُوهُم ; ترغيبا لَهُم في تقْديم الصدقَة الْواجِبة قَبل صدقَة التطَوع " انظر: فتح الباري" ج9، ص623.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب: وجوب النفقة على الأهل والعيال، حديث رقم: 5356، ج3، ص425، ومسلم في صحيحه، كتاب النفقات، باب: إبتداء النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، حديث رقم:977، ورواه أبو داود في سننه، ج1، ص169، وحسنه الألباني في الإرواء ، ص895.

(5) آبادي، أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم : عون المعبود شرح سنن أبي دارد، ت: محمد عثمان، مؤسسة قرطبة، ط 2، 1968م، ج5، ص 76.

(6) سبق تخريجه.

أمر النبي ρ بالصدقة وتقديمها لمن يعول من زوجة وأولاد. قال ابن حجر: ("وابدأ بمن تعول": أي بمن يجب عليك نفقته، يقال عال الرجل أهله إذا مو م، أي قام بما يحتاجون إليه من قوت وكسوة، وهو أمر بتقديم ما يجب على ما لا يجب)[1].

ج- من الاجماع.

قال الشوكاني:" وقد انعقد الإجماع على وجوب نفقة الزوجة، ثم إذا فضل عن ذلك شيء فعلى ذوي قرابته " [2].

د ـ من المعقول :

أن المرأة محبوسة في بيت زوجها لحقه عليها، فكان حقها عليه أن بنفق عليها، ولو ذلك لأدى إلى فوات نفسها ، بينما ديون الغرماء لا تتوفر فيها صفة

الضرورة غالبا ، فلا تقدم على ديون الغرماء[3].

- ووجه تقديم نفقتها على الغرماء ، أن النفقة تكون دينا على الزوج ، غير أ ا تتميز على ديون الغرماء بأ ا نفقة ضرورية لا تقوم نفس الزوجة بدو ا[4].

- ومن أسباب امتياز نفقة الزوجة على ديون سائر الغرماء التي على زوجها:

- عدم سقوط النفقة على الزوج و لو أعسر عن الوفاء ا، وعند إعساره تبقى دينا في ذمته يتربص ا يساره.

- يجوز الاقتراض للإنفاق على نفسها بعد استئذان القاضي، ويقوم الزوج بسداد ما اقترضته عند يساره[5].

---

(1) فتح الباري ،ج9، ص 9500.

(2)نيل الأوطار" (6 /381) .

(3) البحر الرائق، ج 4، ص188.

(4) المغني، ج 4، ص286.

(5)حاشية الخرشي ج 3 ص 190 ، تحفة المحتاج ج 5 ص 3 .

-" دين النفقة دين صحيح لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، سواء أفرضه القاضي ، أم استدين لإنفاقه بالتراضي بين الزوجين ، أو حتى بدون التراضي[1].

- أن النفقة حق الزوجة ، فلا تسقط بعد وجو ا على الزوج إلا بالأداء أو الإبراء، لأن إحياء النفس مقدم على وفاء الدين[2].

ونستخلص مما تقدم، أن دين نفقة الزوجة دين صحيح لا يسقط إلا بالإبراء أو الأداء وهي متقدمة لما لها من امتياز على غيرها من الديون التي في ذمة الزوج ، مما يقتضي وجوب الوفاء ا كلها.

وتمثل نفقة الزوجة المرتبة الأولى في نطاق من تجب عليهم النفقة على أن يكون المنفق عليه موسرا، فهو ينفق بما فضل عليه عن حاجته، فان لم يكن له فضل غير ما ينفق على زوجته، لم يلزمه نفقة أقاربه، لأن نفقة القريب مواساة، ونفقة زوجته عوض فقدمت على المواساة، ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القريب، كنفقته نفسه[3] ولأن عدم الإنفاق على الزوجة يعتبر علة للتفريق بين الزوجين عند رأي الجمهور[4] .

---

(1) وهذا عند غير الأئمة الثلاثة غير الحنفية، و فصل الحنفية بين إدا ما كانت النفقة مفروضة بالتراضي أو بالتقاضي ، و بين ما إدا كانت الزوجة مأذونة فقالوا: إذا كانت النفقة مفروضة بالتراضي أو بقضاء القاضي وأدنت الزوجة بالاستدانة على زوجها و استدانت فعلا للإنفاق على نفسها ، فلا تسقط النفقة على الزوج إلا بالأداء أو الإبراء لأ ا دين قوي لا يسقط إلا بذلك.و إذا كانت النفقة مفروضة بالتراضي أو بالتقاضي، و لم تكن الزوجة مأذونة من زوجها، أو من القاضي بالاستدانة ، و لم تستدن فعلا ، و أنفقت على نفسها من غير مال زوجها، تكون النفقة دينا عليه ، فله أن تطالبه بالنفقة المفروضة لها في أي مدة ، إلا أن هذا الدين ضعيف .و إذا لم تكن النفقة مقروضة يقضاء أو تراضي، و أنفقت على نفسها من مال زوجها ، فلا تكون النفقة دينا على الزوج سواء كان الإنفاق من مالها ، أو من مال غيرها بطريق الاستدانة . راجع : أبو العينين، بدران : الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، د ط ،ج2 ص257 -258، الزحلي: الفقه الإسلامي و أدلته ج 10 ص 7363.

(2) الفقه الإسلامي و أدلته ج 10 ص 7363 ،ص 7408-7409.

(3) السرطاوي، محمود علي: شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، 1997م، ص597 .

(4) أباح الشافعية و الحنابلة للزوجة حق فسخ عقد الزواج ، إذا أعسر الزوج عن الوفاء بأدنى التزماته في النفقة، وهو ما بعير عنه بنفقة المعسر مستدلين في ذلك بقوله ρ لرجل لم يجد ما ينفق على امرأته "يفرق بينهما ،أما المالكية فيرون سقوط النفقة عن الزوج

- **الفرع الثالث: امتياز نفقة الأقارب[1].**

نفقة الأقارب واجبة شرعاً في الجملة[2]، وقد ثبت ذلك بالكتاب و السنة والإجماع والمعقول.

و تجب النفقة على الأصول و الفروع المباشرون عند المالكية [3] ، أما الشافعية فقد فرضوها لجميع أقارب الوالدين والأولاد و إن سفلوا دون سواهم[4].

أما الحنفية فقد أوجبوها للأصول والفروع جميعاً ولكل ذي رحم محرم سواهما، سواء كان وارثاً كالأخ والأخت وابن الأخ لغير الأم والعم لغير الأم أم كان غير وارثا كالعم لأم، والخال والخالة والعمة[5].

وذهب الحنابلة والإباضية إلى أن النفقة تجب على من كانت الوراثة تجرى بينهم حقيقة من الأقارب، فمن كان موروثاً أو وارثاً فهو أهل لوجوب النفقة له أو عليه وإلا فلا [6].

وذهب الظاهرية إلى أن النفقة واجبة للأصول والفروع جميعاً، ولكل موروث، ولكل ذي رحم محرم [7]

المعسر، ما دام معسرا. انظر: حاشية الدسوقي ج 3 ص 517 ، المهذب ج 17 ص 107 ،كشاف القناع ج 5 ص 552 ، المغني ج 7 ص 573 الدر المختار ج 7 ص 903.

(1)الأقارب لغة قريب وهي عشيرة الإنسان الأدنون وفي الاصطلاح عند الحنفية: هو الرحم المحرم من غير الأصول والفروع وعند الجمهور: كل ما يتصل بالإنسان برابطة النسب سواء كان أصلا أم فرعا ،أم غير ذلك .

(2)راجع: المبسوط ج5ص220-223، البدائع:ج 4ص30، الهداية،ج 4ص410 ، تبيين الحقائق:ج 3ص62، حاشية الخرشي ج 4ص202، الشرح الصغير،ج 2ص 490، مواهب الجليل،ج4، ص20، الأم، ج5، ص10، الحاوى الكبير،ج 15ص76 ، العزيز شرح الوجيز،ج 10ص65 ، المغنى،ج 257/9، المبدع ،ج 213/8، كشاف القناع،ج 5ص480، المحلى، ج10، ص100، كتاب شرح النيل ج14ص11

(3)راجع: مواهب الجليل،4ص 209 ، قوانين الأحكام الشرعية، ص 233-234،، الشرح الكبير ،ج2ص522-523، الشرح الصغير ،ج2ص490 ، شرح الخرشى،ج 4ص202 - 204،

(4)راجع: الأم، ج5ص 100، الحاوى الكبير،ج 15ص76 ، العزيز شرح الوجيز،ج 10ص65-66، المهذب ،ج2ص212 ، مغنى المحتاج،ج 3ص446، الإقناع ،ج2ص185-186، اية المحتاج،ج 7ص218 .

(5)راجع: المبسوط،ج 5ص222-223، البدائع،ج 4ص30، تبيين الحقائق،ج3، ص62-63، الهداية،ج 4ص410 ، البحر الرائق،ج 4ص226، رد المحتار،ج3ص655-656 .

(6)راجع: المغنى:ج 9ص257 وما بعدها، الشرح الكبير:ج 9ص275 وما بعدها، المبدع:ج 8ص21-215، كشاف القناع:ج 5ص480-481، شرح منتهى الإرادات:ج 4ص1443-1444، شرح الزركشى:،ج9 ،ص14، المقنع ،ج 3ص319-322، الفروع،ج 5ص595، ،شرح النيل ج14ص11-12 .

(7)راجع: المحلى،ج 10/ص100 .

وسبب امتياز نفقه من تلزمه نفقة أولاده الصغار وأرحامه؛ أن نفقة هؤلاء من الحاجات الأصلية ، و لأ م يجرون مجرى نفسه. لأن الأقارب يعتقون عليه إذا ملكهم كما يعتق نفسه إذا ملكها ،و نفقة الزوجة آكد من نفقة الأقارب؛ لأ ا تجب بحكم المعاوضة، فيكون لها امتيازعلى حقوق الغرماء[1] .

وقد اعتبر القانون المدني ديون النفقة من الديون الممتازة ، التي ينبغي تقديمها على غيرها في الاستيفاء بموجب المادة 993 م.ج التي تنص على ما يلي.

" يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار:

أ- المبالغ المستحقة للخدم والكتبة، والعمال، وكل أجير آخر، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الاثنى عشر شهرا الأخيرة .

ب- المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين و لمن يعوله من مأكل وملبس في الستة أشهر الأخيرة.

جـ النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة .

وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة العامة ومصاريف الحفظ والترميم، أما فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها".

والمقصود بالنفقة المستحقة في الذمة وفقا للمادة 993 م .ج : النفقة التي تجب على المدين قانونا لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة ،و على ذلك تعتبر نفقة الأقارب أيا كانت درجة قرابتهم دينا ممتازا و يدخل في ذلك نفقة الزوجة ، و إن كانت الزوجة لا تذخل في إصطلاح الأقارب . إذ لا يعقل أن يكون المشرع قد قصد أن يجعل نفقة الأقارب مضمونة بالامتياز و نفقة الزوجة غير مضمونة مع أن نفقتها أولى بالامتياز من نفقتهم[2] .

محل الامتياز: تقع على جميع أموال المدين من منقول و عقار ، و هو امتياز عام بالمعنى الحقيقي .

ويقوم أساس هذا الامتياز في الفقه الإسلامي على حفظ مصلحة ضرورية تقدم على كل ما سواها وهي مصلحة حفظ النفس بدفع أسباب الهلال عنها، وذلك بتقرير الأولوية لما يلزم لتلك الغاية من مأكل وملبس ومسكن. مع الملاحظة أن القانون الفرنسي يتفق مع الفقه الإسلامي في هذا التأصيل[3]. ولا

---

(1)راجع : المغني ج 6 ص 575 ، القرافي، الذخيرة ،ت : محمد أبو خبزة، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1994م ، ج 8 ص 165 .

(2) مرقس: حقوق الامتياز ص 549 ، زكي، التأمينات العينية و الشخصية، ص449.

(3) السنهوري، الوسيط، في القانون المدني، ج10، ص991.

يختلف عما أقره فقهاء القانون لامتياز ديون النفقات التي تقوم على اعتبارات إنسانية، كون المستحق لها يحتاج إلى الحصول عليها لسد حاجة ماسة لمعيشته ، فكان لا مناص له من أن بتقدم على غيره من الدائنين[1].

مرتبته : ولما كانت ديون النفقات تتعلق بحفظ مصلحة هامة تفوق كل ما عداها وهي مصلحة حفظ النفس، أعطتها الشريعة الإسلامية الأهمية التي تليق ا ،حيث رتب الفقهاء نفقة الشخص ومن يعولهم بحسب اختلاف المستحق لها :

ـ فإذا كان المستحق لها المنفق عليه الشخص ذاته، فمرتبة امتيازها في الاستيفاء تاتي في الدرجة الأولى ، سواء في حال حياته أم في حال وفاته ، وتقدم نفقة تكفينه وتجهيزه ودفنه على وفاء ديونه.

ـ أما إذا كان المنفق عليه هو غير المنفق ، فتترتب وفقا للآتي :

- أولا: -نفقة الزوجة وهي بمثل المرتبة الأولى في نطاق من تجب لهم النفقة، فهو ينفق بما فضل عن حاجته، فإن لم يكن له فضل غير ما ينفق على زوجته لم تلزمه نفقة القريب .

ثانيا : نفقه الأولاد، فإن مرتبتهم تأتي بعد النفقة على الزوجة، و قبل الإنفاق على الأصول، لأن المكلف بالنفقة إن لم يجد ما يفضل عن النفقة على زوجته وأولاده، فإنه يضم إليه أصوله ويطعمهم مع أسرته. قال ρ :" أنت ومالك لأبيك"[2]. مما يعني إلزام الفروع بالإنفاق على أصولهم.

أما القانون فقد أعطاها مرتبة لا تتمشى مع أهميتها وخطور ا، وهي المرتبة الرابعة فقد نصت المادة 2/993 م .ج على ما يلي: " **وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة العامة ومصاريف الحفظ والترميم، أما فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها**"[3].

وواضح أن هذه المرتبة لا تكفل الحماية الكافية للمدين على هذه الدرجة من الخطورة، و ذا القدر تختلف الشريعة الإسلامية عن القانون في هذا الخصوص.

---

(1) الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، ص 362 ، وجيب : حقوق الامتياز، ص 141 ، سوار الدين : شرح القانون المدني الأردني ، ص 339

(2) رواه ابن ماجة فى سننه،كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، ح2ص 769، البيهقى فى السنن الكبرى، كتاب جماع أبواب النفقة على الأقارب، باب نفقة الوالدين)ج 7ص 480 ، الطحاوى: مشكل الآثار، باب بيان مشكل ما روى عن رسول اللهρمن قوله: (أنت ومالك لأبيك)، ج2ص230، الطبرانى : المعجم الأوسط،ت: طارق بن عوض الله ، دار الحرمين، القاهرة، د.ط، 1415 هـ، ج1 ص141). وقال الألبانى: هذا سند حسن ،إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، المكتب الإسلامي، بيروت ، ط 2 ،1985، ،3ص 325.

(3)الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ص 362.

ويلحق بديون النفقات في نفس مرتبة أولويتها[1]:- **امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكل والملبس: وهي المبالغ المستحقة في مقابل توريد المأكل و الملبس اللازم لاستعمال المدين شخصيا وكذلك لاستعمال من يعوله .**

فالدائن الذي قدم لمدين و لمن يعوله الحاجات اللازمة لمعيشتهم ، له أن يتقدم في استيفاء ما يحق له في مقابل هده الحاجيات .

وهذا الامتياز يقتصر على ما تم توريده من حاجيات المأكل و الملبس للاستعمال الشخصي ، أما إذا قامت هده الحاجيات للاتجار فيها ، فإن الامتياز لا يثبت.

والمبالغ التي يضمنها حق الامتياز في مقابل ما تم توريده للمدين من مأكل وملبس هي ثمن هذه الحاجيات ومصروفات نقله.

كما يقتصر هذا الامتياز على قيمة ما تم توريده خلال الستة أشهر الأخيرة السابقة على التنفيذ على أموال المدين[2].ويضمن الامتياز ما تم توريده خلال ستة أشهر الأخيرة السابقة على الإفلاس، أو الإعسار.

وتقرير هذا الامتياز يتمثل في التسهيل على المدين في الحصول على ما يحتاجه من مأكل وملبس، فلولا هذا الامتياز لا تردد مورد هذه الحاجات في تلبيتها، ومن شروطها أن يكون التوريد بغرض الاستهلاك.

وبالمقارنة بين الفقهين ، نجد أوجه اتفاق واختلاف، هي كما يلي:

- أن الشرع منح للنفقة امتياز خاصا بالقياس إلى باقي الديون التي ينبغي تقديمها على غيرها في الاستيفاء، إذ النفقة التي يحتاجها الشخص من مأكل وملبس ومسكن ومن يعوله من زوجته وعياله تتعلق بمصلحة حفظ النفس، ومصلحة حفظ النفس تقدم على كل ما سواها.

-أن نفقة الشخص على نفسه تقدم على غيرها من النفقات الواجبة عليه ولنفقة الزوجة امتياز على غيرها من النفقات الواجبة على الرجل لغيره ، وتقدم نفقة أبناءه ووالديه على غيرهم ممن تجب نفقتهم. ، لأ م يجرون مجرى نفسه .

-تقييد القانون امتياز نفقة المفلس على سائر الغرماء بالأشهر الستة الأخيرة، و ما عداها لا امتياز له، بل هو دين عادي كسائر الديون، وذلك خلاف للفقهاء، الذين أطلقوا القول في المسألة ، والذي يظهر

---

(1)الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ص 363، زكي: التأمينات العينية والشخصية ص 450، عبد الباقي :الوسيط في التأمينات ، ص 345 .

(2) الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ص 363 ، سوار الدين : الحقوق العينية التبعية ص338،. زكي : التأمينات العينية و الشخصية ص 450 ، عبد الباقي: الوسيط في التأمينات ، ص 364.

أن منشأ هدا التقييد بالأشهر الستة سببه أن إجراءات التقاضي و التنفيذ قد تطول، فإن جعل الامتياز للنفقة طوال المدة ربما لم يبق شيء للغرماء

المطلب الثالث: امتياز نفقات التجهيز

الفرع الأول: تعريف نفقات تجهيز الميت

المراد بالتجهيز هو أداء ما يكفي الميت من نفقات غسله وكفنه وحمله ودفنه بما يليق بأمثاله على وفق ما جاء به الشرع، من حين موته إلى أن يوارى في قبره. والأمر في تقدير النفقات إنما مرجعه العرف ما لم يكن مخالفا للشرع أو فيه إسراف واضح، أو تقتير ظاهر. لأن الإسراف إجحاف بالورثة، والتقتير تقصير في حق الميت وكلاهما مذموم شرعا . فقد ى الله تعالى عن الإسراف و التقتير قال تعالى:" **وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا**"[1] وعلى هذا يكون ما اعتاده الناس من المغالاة في تشييع الجنازة وإقامة المأتم الليالي العديدة، وحفلات الأربعينية والسنوية، واستئجار جماعة من الناس لقراءة القران والبناء على القبور وما شاكل ذلك لا يحسب من التركة لأنه خارج عن التجهيز المأذون به شرعا، بل هو من البدع المستحدثة التي لم يعرفها السلف الصالح من الأمة، والتي لا يكون القصد منها سوى التفاخر، والشهرة... ومن ثم فإن كل ما يوفق في مثل هذه الوجوه لم يلزم به الورثة إلا إذا أجازوه متى كانوا من أهل الإجازة. فإذا رفضوه أو كان فيهم قاصرا، فإ م لا يلزمون به، وإنما يلزم به من أنفقه. فان كان وارثا حسب عليه من نصيبه، بل ولا يلزم لهذه النفقات الدائنون أيضا إذا لم يكن بعد ذلك وفاء بالديون وذمته مشغولة ا، وإن كان، الذي أنفقها أجنبيا كان متبرعا أو ضامنا بحسب سعة التركة لسداد ديون الهالك من عدمها"[2].

- قال صاحب الشرح السالك: "وضمن من أسرف في ذالك من الورثة ما زاد عن المعروف بلا إذن بقيتهم"[3].

الفرع الثاني : حكم امتياز نفقات التجهيز.

أجمع الفقهاء على امتياز نفقات التجهيز والتكفين على الديون التي لم تكن متعلقة بالتركة في الحياة فبل الوفاة ، ولم يخالف في ذلك سوى الظاهرية"[1]. واختلفوا في امتياز نفقات التجهيز على الديون المتعلقة بأعيان من التركة قبل الوفاة، كأعيان المرهونة، والعبد الجاني والمشترى قبل القبض .

---

(1) الفرقان: 67.

(2) أبو زهرة،، محمد : أحكام التركات والمواريث،دار الفكر العربي ، القاهرة ، د.ط ، ص 46،48، فراج حسين :نظام الإرث في التشريع الإسلامي المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع د.ط 1998 ص. د. عبد العظيم فياض- نظام المواريث في الشريعة الإسلامية، ط2، ، سنة 1955م ،ص 52.

(3) الشرح الصغير، ج 2، ص236.

- وللفقهاء في امتياز نفقات التجهيز على الديون ثلاثة أقوال:
- القول الأول: يرى ابن حزم الظاهر امتياز الدين على التجهيز مطلقا، وأن مرتبة الأولوية المقررة للتجهيز تأتي بعد سداد الديون، فإذا لم يبق شيء فكفنه على من حضر من المسلمين[2].
- قال ابن حزم:" وأول ما يخرج مما تركه الميت أن ترك شيئا من المال قل أو كثر ديون الله تعالى إن كان عليه منها شيء من المال كالحج والزكاة ... ثم إن بقي شيء اخرج منه ديون الغرماء، إن كان عليه دين و إن فضل شيء كفن منه الميت وإن لم يبقى منه شيء كان كفله على من حضر من الغرماء"[3].
- القول الثاني: يرى المالكية والحنفية في الرواية المشهورة والشافعية امتياز الديون العينية المتعلقة بالتركة على التجهيز"[4].

يقول الطحاوي في حاشيته:"التركة في الاصطلاح ما تركه الميت من الأموال صافيا عن تعلق حق الغير يعين من الأموال . و يقول : لأن الديون العينية إنما تعلقت بالمال قبل الموت و هو إنما يعتبر تركة بعدها ، و قد قدمت هذه الديون على التكفين لتعلقها بالمال قبل صيرورته تركة "[5] .

- القول الثالث: وهو مذهب الحنابلة وملا مسكين من الحنفية ،يوى امتياز.
تجهيز الميت على استيفاء الديون مطلقا سواء كانت عينية أو غير عينية وأنه أول ما يبدأ به من التركة[6].
- يقول ابن قدامة: "إن مات المفلس كفن من ماله لأن نفقته واجبة من ماله في حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد وفاته..." وفي بعض الروايات :"أنه إذا تعلق بالتركة حق غير الدين والوصية والوارث من العباد كأن يكون مرهونا أو مستأجرا أو مستحقا بسبب الجناية... قدم على التجهيز[1].

---

(1) المحلى ، ج 9، ص 252 .

(2) المحلى، ج9، ص 252 وما بعدها، ج5، ص121.

(3) المحلى، ج 9، ص 252 .

(4) حاشية الطحاوي على الدر المختار، ج4، ص365، حاشية ابن عابدين، ج6، تبيين الحقائق، ج 5، جواهر الإكليل، ج 2، ص327، مواهب الجليل، ج6، ص505، الشرح الصغير، ج 4، ص617 ، اية المحتاج، ج 6، ص 8، تكملة ا موع، ج 13، ص291، مغني المحتاج، ج 3، ص 4 .

(5) حاشية الطحاوي، ج4، ص356.

(6) المغنى ج 4 ص 493، الاقناع، ج 3، ص 81 -82 ،حاشية ابن عابدين على الدر المختار- ج 5 ص 501 االمبسوط ج 29 ص.138 مجمع الا بر ، ج2.ص 120.

الأدلة :

استدل كل فريق على ما ذهب إليه بما يلي:

أ ـ دليل القول الأول:

استدل ابن حزم على قوله من الكتاب والسنة:

أولا: من الكتاب.

يقول الله تعالى:**" مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ"** [2] .

وجه الدلالة:

بين سبحانه وتعالى أن حق الورثة في التركة يتعين بعد الوصية والدين، قول ذلك على أ ما اللذان يقدمان على حق الورثة، ولو كان التجهيز واجب التقديم على الدين لوضحته الآية، لكنها لم توضحه فدل ذلك على أنه غير واجب التقديم عليها[3].

ثانيا: من السنــة:

- ما روى عن خباب بن الأرت: "أن مصعب بن عمير قتل يوم أحد ولم يترك إلا نمرة[4]، فكنا إذا غطينا ا رأسه بدت رجلاه وإذا غطينا و رجلاه بدا رأسه فأمرنا رسول الله ρ أن تغطى ا رأسه وتجعل على رجليه شيئا من الأذخر"[5] .

وجه الدلالة:

---

(1) المغني، ج4، ص 493.

(2) النساء :11.

(3) المحلى، ج 9، ص 252 وما بعدها.

(4) النمرة: بفتح النون وكسر الميم- شملة فيها خطوط بيض وسود أو بردة من صوف تلبسها الأعراب- راجع القاموس المحيط، ج2، ص 154.

(5) الأذخر: نوع من أنواع الحشيش الذي كان ينبت في أرض مكة والمدينة.المرجع السابق .و الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب غزوة أحد، ج 7ص 4047، ومسلم في صحيحه ، كتاب الجنائز، باب في كفن الميت ،ج2ص940، والترمذي في سننه، كتاب المناقب، باب في مناقب مصعب بن عمير ،ج5ص3853)، والنسائي في سننه ، كتاب الجنائز، باب القميص في الكفن ، ج4، ص 1902، وأحمد في مسنده ، ج5ص 109.

أن مصعبا لم يبق من ماله إلا تلك النمرة، ورغم أ ا لم تكف لستر كل جسمه فالرسول لم يأمر بتجهيزه من ماله رغم حاجته إلى إتمام التكفين، ولو كان التجهيز مقدما في الاستيفاء لأمر الرسول ρ بإكمال تجهيزه من ماله ولما لم يأمر دل ذلك على عدم تقديم التجهيز ولأن المال صار كله للغرماء والأمر بتجهيزه منه ظلم لم يوجبه قرآن ولا سنة ولا إجماع ولا قياس ولا نظر"[1].

ب- دليل القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على تقديم الديون العينية على التجهيز بأن التجهيز واجب من التركة والأعيان التي تعلقت ا تلك الديون لا تدخل ضمن التركة إذ هي ما تركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير به. [2].

ج- دليل القول الثالث

استدل الحنابلة ومن معهم بالسنة والقياس والمعقول :

من السنة :

- ما روي عن ابن عباس τ أن النبي ρ قال في الذي سقط عن واحلته وهو واقف بعرفة فمات :" **غسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبيه"[3]**

وجه الدلالة:

أن رسول الله ρ أمر بتكفين الرجل دون أن يسأل هل عليه دين أم لا، وترك الاستفصال فى هذا المقام يدل على تقديم التجهيز على الدين.[4]

من القياس:

قياس كفن الإنسان بعد موته على لباسه حال حياته، فكما أن لباس الإنسان في حياته مقدم على دينه ،إذ لا يباع ما على المديون من لباس للوفاء بدينه؛ لأنه من أصول حوائجه و كذا كفنه[1] .

---

(1) المحلى، ح 9، ص 252.

(2) حاشية ابن عابدين، ج5، ص501، اية المحتاج، ج6، ص8، جواهر الإكليل ، ج2، ص327.

(3) أخرجه البخاري في كتاب الجنائز، باب : إذا لم يوجد إلا ثوب واحد ، حديث رقم : 1275 .

(4)المغنى، ح 4، ص 493.

المناقشة والترجيح:

مناقشة أدلة ابن حزم:

نوقشت أدلة ابن حزم بما يلي:

أولا: ليس في الآية ما يدل على أن الدين مقدم على التجهيز، وكل ما دلت عليه الآية هو أن الميراث يأتي بعد الوصية أو الدين، ولا دلالة فيها مطلقا على تأخير التجهيز عن الدين لأ ا وردت بعد بيان فرائض أصحاب المواريث فبينت أن هذه الفرائض إنما تكون بعد قضاء الدين وإنفاذ الوصية [2]. وبالتالي فالآية ليست محل الن اع.

ثانيا: حديث مصعب بن عمير ليس فيه ما يدل على دعوى ابن حزم تقديم الدين على التجهيز لأنه مات خلال المعركة ولم يتيسر مع ظروف الحرب تجهيزه إلا على هذا النحو لكثرة القتلى والخوف من العدو[3] .

وهو إن دل على شيء فإنما يدل على أن الكفن من رأس المال[4]، لأن النمرة ملكه ولم يوجد له سواها وهذا عكس ما يدعيه ابن حزم. فالحديث لا يدل على مدعاه.

- مناقشة أدلة القول الثاني :

نوقش هذا الدليل بأن تعلق الديون بالأعيان لا يدل على تقدم هذه الديون على التجهيز' لأن حبسها عن مالكها حال حياته كان لحقة على قضاء الديون لقدرته على الكسب وبعد الوفاة ينقطع كسبه فكان أحوج إلى ملكه لتجهيزه، فإنه من الحاجات الأصلية التي تبقى له حال حياته كقوته ولباسه ،بل هذا أولى لأن الميت أحوج إليه من سائر ديونه[5] .

وعلى هذا يكون قول الحنفية و من معهم لا معنى له ، و لا يتفق مع الغاية التي تقررت لها حبس الأعيان .

- الترجيح:

---

(1) المغني ، ج 4، ص493 ، البدائع ، ج8، ص265 ، المبسوط ، ج 29، ص138.

(2) الشوكاني، محمد على بن محمد، فتح القدير الجامع بين فني الرواية و الدراية في التفسير،ط3، 1973ج1، ص398 .

(3) نيل الأوطار، ج4، ص39.

(4) المرجع نفسه، ص39.

(5)المغنى، ح 4، ص 493.

على ضوء بيان أدلة كل فريق والمناقشات التي وردت عليها يترجح ما ذهب إليه أن الحنابلة ومن معهم من تقديم التجهيز على استيفاء الديون مطلقا، لقوة أدلتهم ووجاهتها واتفاقها مع المروءة والمنطق ، إذ لايعقل أن يكون للشخص مال ثم يستجدى كفنه من الناس لا لشيء إلا لتعلق حق الغرماء به، فيقع أهل الميت في حرج شديد حين يجدون أنفسهم في حيرة و عجز عن تكفين ميتهم و تجهيزه . فأولى تقديم هذه الحاجات الأصلية بعد مماته كقوته و لباسه حال حياته بل أولى منها لعجزه و عدم قدرته على كسب ما يستر به عورته ، كما كان يقدر على ذلك حال حياته .و لوجوب ستره حتى أنه يجب كفنه على أقاربه أو من بيت مال المسلمين ، أو على المسلمين إذا لم بترك شيئا و لا يجب على أحد و لا في بيت المال سداد ديونه .و لا شك أن هذا يدل على أن التجهيز أهم من الديون و الابتداء بالأهم واجب . فحاجته إلى الكفن جديرة بالأولوية عن حقوق الغرماء، وهذا ما يقره العقل.

وقد اختار القانون مذهب الحنابلة ومن معهم وقرر امتياز نفقات التجهيز على الديون مطلقا، حيث نص في المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري أنه :: "يؤخذ من التركة بحسب الترتيب الآتي:

- أولا: مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع .
- ثانيا: الديون الثابتة في ذمة المتوفى .
- ثالثا: الوصية

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبة آلت التركة إلى ذوي الأرحام ، فإذا لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة ".

فالملاحظ من خلال هذا النص التشريعي ، أن المشرع الجزائري قدم تجهيز الميت و دفنه على سائر الحقوق المتعلقة بالتركة متبعا في ذلك مذهب الحنابلة ، لأن تقديم التجهيز على الدين يرجع إلى أن الميت أحوج إليه من فضاء ديونه الذي هو من حاجاته ويستوي في ذلك الديون المتعلقة بالعين والديون الأخرى.

وبالمقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بالامتياز المقرر لتجهيز الميت، نجد أن هناك تطابقا بينهما، وإن كان القانون قد أخذ بالرأي الراجح من الفقه الإسلامي، وهذا ليس غريبا لأن قانون المواريث مأخوذ من الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: امتياز الديون المطلقة

الدين المطلق هو الدين المرسل الذي يتعلق بذمة المدين وحدها ، و لا يتعلق بشيء من أمواله ، سواء أكانت مملوكة عند ثبوت الدين أم ملكها بعد ذلك. وتكون جميع اموال المدين صالحة للوفاء أي دين مطلق ثبت عليه، ولا يكون الدين المطلق مانعا له من التصرف في أمواله باي نوع من التصرفات. ويقابله الدين الموثق[1].

وثبوت هذا الالتزام يكزن بالبينة أو الإقرار، كما في ديون الصحة وديون المرض، وقد تقوم على أساس التبرع كما في الوصية، و الميراث .

المطلب الأول: حكم امتياز ديون الصحة

- الفرع الأول: تعريف دين الصحة ودين المرض

أولا: دين الصحة: هو الدين الثابت بالبينة مطلقا حتى لو كان المدين مريضا أو ثبت بالإقرار في حال الصحة[2] وتلحق به ما أقربه المدين في حالة المرض وعلم بالمعاينة كما لو وجب بدلا عن مال ملكه أو

---

[1] معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ، ص134.

[2] حاشية ابن عابدين على الدار المختار، ج5، ص501، حاشية الطحاوي على الدر المختار،ج4، ص367، تبين الحقائق للزيلعى ،ج5، ص23.

استهلكه كثمن دواء وغيره. ولما كان هذا الإقرار قد علم وجوبه بغير طريق الإقرار فإنه يأخذ حكم ديون الصحة ويساويها في المرتبة[1].

ثانيا: دين المرض: هو الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض أو فيما هو في حكم المرض كمن خرج للقتل قصاصا أو ليرحم أو خرج للمبارزة أو نزل في ميدان القتال مثلا.

وعلى هذا فمعيار التفرقة بين ما يعد من ديون الصحة أو ديون المرض هو الإقرار بالدين في حالة المرض، إذا لم يعلم الدين بالمعاينة.

والتفرقة بين ديون الصحة وديون المرض على هذا النحو معروفة في المذهب الحنفي، أما الجمهور فلا يفرقون بينهما ، ولما كان الدين الثابت بالبيئة أو بالإقرار في حالة الصحة أو الإقرار في حالة المرض بدين علم بالمعاينة لا يثير خلافا بين الفقهاء[2]، فإ م اختلفوا في دين المرض، وهو الدين الثابت الإقرار في حالة المرض، ويظهر هذا الخلاف من خلال ذكر أقوال الفقهاء كالآتي:

الفرع الثاني: حكم امتياز ديون الصحة على ديون المرض

أولا: عرض نصوص الفقهاء

في المذهب الحنفي:

ورد في حاشية ابن عابدين: "ويقدم دين الصحة وهو ما كان ثابتا بالبنية مطلقا أو بالإقرار في حالة الصحة على دين المرض وهو ما كان ثابتا بإقراره في مرضه أو فيما هو في حكم المرض إن جهل سببه[3].

في المذهب المالكي:

ورد في جواهر الإكليل: "ويؤاخذ المريض بإقراره بمال ولو زاد على ثلث ماله إن ورثه أي المريض ولد ذكرا وأنثى أو ولد ابن إذا أقر لقريب أبعد من الولد سواء استحق الولد جميع ماله كابن أو بعضه كبنت أو أقر المريض لصديق ملاطف أي معامل له معاملة جميلة فيؤاخذ بإقراره له أن ورثه ولده،

---

[1] المراجع السابقة.

[2] المحلى، ج 8، ص255.

[3] حاشية ابن عابدين، ج5، ص501.

ومفهوم أبعد وملاطف أنه إن أقر لأجنبي غير ملاطف فيؤاخذ بإقراره وإن لم يرثه ولو لعدم ا امه فيه وكذا لو أقر المريض لمن لم يرثه أو لشخص مجهول حاله[1].

وورد في فتح العلي المالك: "ما قولكم في رجل مريض له أولاد وزوجتان فأقر لأحداهما التي يتهم بمحبتها بدين في ذمته ومات سريعا فهل الإقرار باطل ولو كتب بذلك، فأجاب الشيخ الصاوي رحمه الله تعالى بقوله: "الحمد لله، حيث أقر للمرأة التي يتهم على حبها بمال في ذمته من غير بينة ويشهد لها بدون الإقرار ومات من مرضه الذي أقر فيه فلا يقبل إقراره، ويكون المال الذي أقربه يقسم بين الورثة والله أعلم[2].

وجاء في المرجع نفسه: "ما قولكم في رجل مريض مرضا شديدا له زوجته مشهورة بمحبته لها شهرة زائدة وله ابن وبنتان من غيرها أقر لها بجارية ودراهم معلومة ولا ولد لها منه ومات بعد إقراره بيوم فهل لا يصح إقراره لها، فأجاب بما نصه: الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله، نعم لا يصح إقراره لها ما في هذه الحالة لا امه فيه بالكذب لمحبته لها، قال الخرشي: إن كان يحبها ويميل إليها فإنه لا يقبل إقراره لها لأنه يتهم في ذلك والله أعلم[3].

في **المذهب الشافعي**:

ورد في معنى المحتاج: "ويصح إقرار المريض مرض الموت لأجنبي بمال عينا كان أو دينا كإقرار الصحيح ويكون من رأس المال بالإجماع كما قاله الغزالي وكذا يقبل إقراره به لوارث كالأجنبي"[4] ويقول: "ولو أقر في صحته بدين لإنسان وفي مرضه بدين لإنسان وفي مرضه بدين لآخر لم يقدم الأول في الأصح[5].

في **المذهب الحنبلي**:

يقول ابن قدامة: "والإقرار بدين في مرض الموت كالإقرار في الصحة إذ كان لغير وارث هذا ظاهر المذهب وقول أكثر أهل العلم[6]، فإن أقر لأجنبي بدين في مرض موته وعليه دين مثبت ببينة أو إقرار في صحته وفي المال سعة لهما فهما سواء وإن ضاف عن قضائهما فظاهر كلام الخرقى أ ما سواء

---

(1) التاج والإكليل، ج2، ص132، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص399.

(2) فتح العلى المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ،ج2، ص 33.

(3) المرجع نفسه، ص332.

(4) مغني المحتاج ،ج2، ص240، أسنى المطالب،ج2، ص290 .

(5) المرجع نفسه.

(6) المغني ،ج5، ص342.

وهو اختيار التميمي وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة لأ ما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال لم يختص أحدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا بينية[1].

عند الظاهرية:

ورد في المحلى: "وإقرار المريض في مرض موته وفي مرض أفاق منه لوارث ولغير وارث نافذ من رأس المال كإقرار الصحيح ولا فرق[2].

ويظهر من خلال ذكر أقوال الفقهاء أن في حكم امتياز ديون الصحة على ديون المرض الثابتة بالإقرار في حالة المرض ثلاثة أقوال:

- أولهما: للحنفية[3] وخلاصة قولهم أن دين الصحة إذا اجتمع مع دين المرض يقدم الأول على دين المرض في الوفاء به ، لأنه أقوى من دين المرض .

فإذا اتسعت التركة لهدين النوعين من الدين كان خيرا، و إذا لم تتسع لهما وجب أداء دين الصحة من التركة أولا، وإن لم يبق شيء منها يعطى لأصحاب.

وقد نصت المادة 1602 من مجلة الأحكام العدلية علي ما يلي :" ديون الصحة مقدمة علي ديون المرض، ولكن الديون التي تعلقت بذمة المريض بأسباب معروفة أي أسباب مشاهدة و معلومة يغير إقرار، كالشراء و الاستقراض وإتلاف المال فهي في حكم الديون الصحة[4].

- ثانيهما: لجمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية والحنابلة والظاهرية [5]وحصل قولهم: أن دين الصحة و و دين المرض سواء في القوة، فلا يقدم دين الصحة في الوفاء على دين المرض، وتكون ديون المرض في نفس مرتبة أولوية الاستيفاء المقررة لديون الصحة، فإن لم يكن في التركة وفاء ا يكون لكل دائن حصة منها بنسبة مقدار دينه، وإن كانت عبارا م قد اختلفت فيما ينتفي به الا ام.

الأدلة:

قد استدل كل فريق بما يلي :

أ ـ أدلة القول الأول:

---

[1] المرجع السابق ، ص 343.

[2] المحلى، ج8، ص254، مسألة : 1380.

[3] الشيخ نظام: لفتاوي الهندية و امشه فتاوي قاضيحان والفتاوى البزازية، ت: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ط2، 1310هـ ، ج6، 447، تبيين الحقائق، ص24، الهداية، ج3، ص189.

[4] درر الحكام، ج4، ص149.

[5] التاج والإكليل، ج4، ص149 ، جنشية الدسوقي ، ج3 ص 399 ، فتح العلر الملك ، ج 2 ص 33، مغني المحتاج ، ج 5 ص ص 240 ، أسنى المطالب ، ج 2 ص 290 ، المغني ، ج 5 ص 342 ، المخلى ،ج 8 ص 254 ـ 255 ، المسألة 1380 .

استدل أصحاب القول الأول بالقياس والمعقول:

- من القيــاس:

إن الإقرار غير معتبر قياسا على عدم اعتبار تصرف الراهن في الرهن لما فيه من إبطال حق الغير وهم غرماء الصحة ، وذلك لتعلق ديو م بماله في الكل[1]، وفي إقرار المريض إبطال حق الغير، إذ حق أصحاب الديون قد تعلق بماله على سبيل الاستيفاء، ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث[2] وإذا لم يعتبر الإقرار بطل الدين الثابت به، وإذا بطل قدم غيره عليه.

- ومن المعقــول:

- إن الدين الثابت بالإقرار وحده في حال المرض من غير أي قرينة تؤيد الإقرار، أو شهود عاينت أسبابه الصحيحة يكون مظنة محاباة الغيرر له والمحاباة في مرض الموت في حكم الوصايا مؤخرة عن الديون[3]،بينما دين الصحة لا ريب في ثبوته وصحته ولا مة فيه ، وعلى هذا يكون الدين الثابت في حال الصحة مقدم على الدين الثابت في حال المرض.خاصة و أن ماله حينئذ يعتبر كالمرهون في ديون الدائنين .

ب ـ أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بالإجماع والمعقول:

- من الإجمــاع:

ـ قال ابن المنذر: "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز[4]، وفي هذا دليل على أن الديون الثابتة في حالتي الصحة والمرض سيان في الاستيفاء، ولأن علة الإقرار في حق الوارث، أو المقر له هو التهمة، فاختصار المنع بموضعها[5].

- من المعقــول:

---

(1) حاشية الشلبي امش تبين الحقائق، ج5، ص24.

(2) تبين الحقائق ، ج5، ص24، ،لهداية، ج3، ص189.

(3) المرجع نفسه، ص25.

(4) المغني، ج5، ص 342.

(5) المرجع السابق، ص344.

إن إقرار المريض لغير الوارث إقرار غير متهم فيه فقبل كالإقرار في الصحة، ذلك أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته وتحرى الصدق، فكان أولى بالقبول، وفارق الإقرار للوارث لأنه متهم فيه[1]، ولأنه محجوز عليه لحقه فلم يصح إقراره له كالصبي في حق جميع الناس[2].

- مناقشة الأدلة والترجيح

أولا: مناقشة أدلة القول الأول

- هذا الإجماع منقوص بما ذهب إليه الحنفية، وبما رواه ابن قدامة قال: "حكى أصحابنا رواية أخرى أنه لا يقبل، لأنه إقرار في مرض الموت أشبه الإقرار لوارث، وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى أنه لا يقبل إقراره بزيادة على الثلث لأنه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي، كما هو ممنوع من عطية الوارث، فلا يصح إقراره بما لا يملك عطيته، بخلاف الثلث فما دونه"[3]، هكذا فتعدد الأقوال المخالفة لهذا الإجماع تدل على أنه منقوص فلا تقوم به حجة، وعلى فرض صحة الإجماع فهو لا يدل على المدى، إذ ليس فيه ما يدل على التساوي.

- قالوا: "إذا أقر المريض في مرض موته بدين أيا كان المقر له فالأولى أن يقبل إذ الظاهر يشهد أنه محق، لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب ويتوب فيها الفاجر، فأولى أن يقبل إقراره[4].

ثانيا :مناقشة دليل القول الثالث:

- الإجماع الذي حكام الإمام الغزالي يرد عليه ما ورد على دليل القول الثاني من الإجماع لأنه منقوص برأي الحنفية والروايات الأخرى عن الحنابلة بل وبما قاله صاحب مغني المحتاج نفسه: "وفي قول لا يصح إقراره لأنه متهم بحرمان بعض الورثة"[5].

- الترجيح:

وعلى ضوء عرض قول كل مذهب وأدلته، نرى أن ما ذهب إليه الحنفية هو الراجح للاعتبارات الآتية:

- أولا: أن ما استدل به الحنفية من القياس والمعقول قد سلم من المناقشة، الأمر الذي لم يسلم منه استدل به غيرهم من الإجماع ومن الأثر وعلى هذا يكون رأيهم أقوى.

---

(1) المغني، ج5، ص 344.

(2) مغنى المحتاج، ج2، ص240.

(3) المغني، ج5، ص342.

(4) المرجع نفسه، ص342.

(5) المغني، ج5، ص240.

- ثانيا: أن العمل برأي الحنفية يؤدي إلى المحافظة على أمرين:
- أولهما : المحافظة على ديون الغرماء التي تعلقت بالتركة، و ذلك بتقرير امتياز الاستيفاء لدين الصحة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض، وذلك لقوة أسباب تلك الديون، فالامتياز هنا يقوم على الاعتبار الأقوى.
- ثانيهما: الاعتداد بإقرار المريض واحترامه وتقرير امتيازه يأتي بعد ديون الصحة وتتقدم على الوصايا، فهم لا يهدرون إقراره مطلقا، ولكنهم يعتدون به في حدود عدم المساس بالامتياز المقرر لديون الصحة، وهذا اعتبار أولى بالرعاية، وهم بهذا يتفقون مع مخالفتهم في أن حالة المرض جديرة أن تجعل إقرار المريض مقبولا، ولكن قبول إقراره ينبغي أن لا يضر بالحقوق الثابتة يقينا في ماله بسبب أقوى.
ولا شك أن العمل برأي مخالفيهم، لا يتضمن المحافظة على هذين الأمرين معا، بل تقوم على ترجيح أحدهما دون الآخر، وإذا أخذنا في الاعتبار أن إقرار المريض فيه مظنة المحاباة، والمحاباة في المرض تأخذ حكم الوصايا، وهي مؤخرة على الديون في الاستيفاء، ولهذا فأنني أرجح ما ذهب إليه الحنفية.
وقد نصت المادة 1602 من مجلة الأحكام العدلية علي ما يلي :" ديون الصحة مقدمة علي ديون المرض، ولكن الديون التي تعلقت بذمة المريض بأسباب معروفة أي أسباب مشاهدة و معلومة يغير إقرار ، كالشراء و الاستقراض وإتلاف المال فهي في حكم الديون الصحة[1].
وفيما يتعلق بامتياز المقرر للديون المطلقة في قانون الأسرة الجزائري، فقد نصت المادة 180 /2 السالفة الذكر على أن الديون الثابتة ذمة المتوفى والتي لها مطالب من جهة العباد نوعان: النوع الأول: الديون العينية.
والنوع الثاني: الديون العادية، وهي الديون الثابتة في ذمة المتوفى بالبينة العادلة أو بالإقرار في حال الصحة أو المرض .
وديون الصحة: وهي الديون الثابتة بالبينة حال الصحة أو الإقرار حال الصحة
أما ديون المرض: فهي تلك الديون الثابتة بالإقرار أثناء المرض فقط[2] .
وقد اتفق الفقهاء على أن مرتبة الامتياز المقررة للديون المطلقة تأتي مرتبتها في الاستيفاء بعد الديون العينية، والديون العينية مرتبتها الثالثة، فتكون مرتبة ديون الصحة في المرتبة الرابعة ،ولما تساوت ديون

(1) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية ، ج 4 ص 149 .
(2) انظر: العلالي، مسعود : أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري ،دار جسور للنشر والتوزيع، ط 1 ،2008 ، ص 42 .

المرض مع ديون الصحة ، فتأخذ ديون الموض نفس مرتبة ديون الصحة. وعلى قول الأحناف تكون مرتبة ديون المرض هي المرتبة الخامسة، وقد رجحنا رأيهم، والقانون الجزائري لا يعطي للمرض هذا الأثر، وبالتالي يكون الدين الثابت فيه بإقرار المريض في نفس المرتبة كإقرار الصحيح ولا فرق.

ومما تجدر الإشارة إليه أن القانون الفرنسي يقرر امتيازا لمصروفات المرض الأخير Frais de la dernière ويضمن هذا الامتياز المصروفات أيا كان نوعها المستحقة للأشخاص الذين كان لمهنتهم دخل في مقاومة المرض، أي المبالغ المستحقة عن معالجة المرض كأجور الأطباء والجراحين والقابلات والممرضين، وثمن الأدوية المقدمة من الصيادلة، والمبالغ المستحقة لمديري المستشفيات والعيادات، وهذا مقصور على المرض الأخير، والرأي الذي كان مستقرا في فرنسا بناء على ما كان تجري العمل به، كان يقضي بقصر هذه العبارة على المرض الذي أعقبته الوفاة" ولكن المشرع أضاف بقانون 30 نوفمبر سنة 1892 على المادة 2102 التي تنظم هذا الامتياز عبارة "وعلى هذا النحو يسرى الامتياز سواء توفى المريض من المرض أم لا"[1].

وهذا النوع من الامتياز ليس له مقابل في التقنيين المدني الجزائري، ويأخذ مرتبة الامتيازات العامة [2].

المطلب الثاني: امتياز الوصية

للوصية أحكام كثيرة وفروع متعددة، والكلام عليها مبسوط في كتب الفقه، ومستوفى فيها فلا حاجة إلى الإفاضة في دكر أحكامها، وسوف نتناولها بالقدر الذي يتسنى معه بيان الامتياز المقرر على الوصية .

الفرع الأول: تعريف الوصية لغة واصطلاحا

أولا: تعريف الوصية في اللغة

تطلق الوصية في اللغة على عدة معاني منها[3].:

أ- العهد إلى الغير: أوصى الرجل ووصاه: عهد إليه، وأوصيت إليه وأوصيت له بشيء.وأوصيت إليه إذا جعلته وصيك، وأوصيت ووصيته إيصاء وتوصية

ب - الوصل: وصى الشيء وصيا اتصل، وأرض واصية متصلة النبات، وقد وصتالأرض إذا اتصل نبا ا

ج- التقدم إلى الغير بما يعمل مقترنا بوعظ، وتواصى القوم إذا أوصى بعضهم بعضا .

ثانيا : تعريف الوصية اصطلاحا

---

(1) مرقس : حقوق الامتياز، ص548.

(2) راجع د/ كامل مرسي: التأمينات الشخصية والعينية، ص427.

(3) لسان العرب، مادة وصى، ج15، ص394، القاموس المحيط، مادة وصى، ص 173 ، تاج العروس، مادة وصى.

عرفها الفقهاء بتعريفات عديدة :

ـ عند فقهاء الحنفية:

أ- اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته، وبه ينفصل عن البيع، والإجارة والهبة؛لأن شيئًا من ذلك لا يحتمل الإيجاب بعد الموت[1].

ب - تمليك مضاف إلى ما بعد الموت [2].

ـ عند فقهاء المالكية:

أ- تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة[3].

ب- هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه، سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به. [4].

ج- هي عقد يوجب حقًا في ثلث مال عاقده يلزم بموته[5].

عند الشافعية والحنابلة :

أ- هي تبرع بحق مضاف لما بعد الموت[6].

ب- هي التبرع بالمال بعد الموت [7].

- هي التبرع بمال يقف نفوذه على خروجه من الثلث [8].

د- هي تحول الموصى به إلى الموصى له بعد الموت[9]

---

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص213 .

(2) الميداني، أبو الحسين أحمد بن حمد القدوري البغدادي عبد الغني الغنيمي الدمشقي ، اللباب في شرح الكتاب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ن ، ج 4، ص168 .

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص422.

(4) بداية ا تهد و اية المقتصد، ج2، ص236 .

(5) . الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك بيروت، ط الثانية، بدون، ج 3 ص 271,

(6) . مغني المحتاج، ج 3 ص 39 ،المغني ، ج 4 ص 474 .

(7).ابن قدامة المقدسي، موفق الدين أبي محمد بن عبد الله: الكافي في فقه أحمد بن حنب، بيروت، لبنان ، ط 5 ، 1988ج 4 ص ص 474 .، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 7 ص 183 .

(8)الشرح الكبير على متن المقنع، ج 3 ص 514 .

(9) البجيرمي، سليمان، حاشية البجيرمي بتحفة الحبيب على شرح الخطيب المسمى بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع،، ج 3 ص 296 .

وما ذهب إليه فقهاء المالكية، هو التعريف المختار: وهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع حيث يشتمل التعريف على جميع أمواع الوصايا، وذلك باستعماله لفظ التمليك بصيغة الإطلاق، مما يشمل الوصية بالأعيان والوصية بالمنافع أو باسقاط الديون على الغير، لأ ا من باب تمليك الدين للمدين. وايراده للفظ التبرع يدل على أن المشرع يقصد بالنص الوصية التي تبنى على محض التبرع ، فأخرج ذا القيد الوصايا التي تنشأ عن بيع أو ايجار لأن مثل هذه الوصايا هي تمليك ولمن بعوض و ليس تبرعا. وهو التعريف الذي أخذ به قانون الأسرة الجزائري في المادة 184 حبث عرف الوصية بأ ا :" تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع "

وأضافت المادة 185:" الوصية تكون في حدود ثلث التركة ، و مازاد على الثلث تتوقف على إجازة الوراثة ".

الفرع الثاني: حكم امتياز الوصية

الوصية إذا استوفت شروطها وأركا ا لزمت بموت الموصى ويثبت للدائن ا وهو الموصى له الحق في استيفاء الموصى به من تركة الموصى مقدما على حقوق الورثة .

وقد أجمع العلماء[1] على أن الوصايا تقدم على تقسيم التركة، وأن لها امتيازا على حقوق الورثة، الورثة، إذا وسع المال جميع الوصايا، وإلا قدم منها الآكد فالآكد [2] . ولا خلاف بين العلماء في أن الدين نقدم على الوصية، لأن الدين واجب والوصية تبرع، ولا يتقدم التبرع على الواجب، والتقديم في الآية إنما هو لبيان أهمية الوصية.[3]

يقول الإمام الشافعي:" فلما لم يكن بين أهل العلم خلاف علمته في أن ذا الدين أحق بمال الرجل في حياته منه يستوفى دينه، وكان أهل الميراث إنما يملكون عن الميت ما كان الميت أملك به كان بينا.[4]

الفرع الثاني: حكم امتياز الوصية.

استدل الفقهاء على امتياز الوصية على حقوق الوراثة بما يلي :

أولا: من الكتاب

قوله تعالى :" من بعد وصية يُوصي بِها أو دينٍ "[5].

---

(1) البحر الرائق ج8، ص 558، تبيين الحقائق، ج6، ص230، حاشية ابن عابدين، ج5، ص485، الشرح الكبير ج 4، ص 458 ، التاج والإكليل ج6، ص405، أسهل المدارك، ج3، ص288، روضة الطالبين، ج 6، ص3 ، مغني المحتاج، ج3، ص 33، اية المحتاج، ج6، ص7، المغني، ج4، ص 458 ، مطالب أولى النهى ج 4، ص543

(2) ا الشرح الكبير ج 4، ص 458 ، بداية ا تهد، ج2، ص 338

(3) سبل السلام ، ج 3، ص157 ، القرطبي : أحكام القرآن ، ج 5، ص 73 .

(4) الأم ، ج 4، ص105 .

(5) الأم ، ج 4، ص105 .

وجه الدلالة: أن الله فرض للورثة أنصبتهم وتنفيد وصيته، فذكر تقديم الوصية على تقسيم التركة بين الورثة [1]. فقد بينت الأية أن حق الداين له امتياز على حق الموصى له في الوصية ، وحق الموصى له امتياز على حق الورثة .

ثانيا: من السنة

قوله ρ اسعد بن أبي وقاص[2] حين استأذنه في الوصية:" إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من تدعهم عالة يتكففون "[3].

وجه الإستدلال: أنه علل منع الوصية بالمال كله أو أكثره بإغناء الورثة عن تكفف الناس ولو كان الإرث مقدما على الوصية لما لزم من الوصية بكل المال تكفف الناس؛ لأن بإمكان الورثة حينئذ أن يستأثروا بالمال عن الموصى له؛ ولأنه لو قدم الإرث على الوصية لما بقي للوصية شيء لأن الإرث يستغرقه[4].

- ووجه امتياز الوصية على حقوق الورثة لما فيه من مصلحة شرعية للموصى له، حتى لا يستأثر الورثة بالتركة كلها ، وأخر دينية للموصى حتى لا يفوته الأجر والإحسان بالتقرب إلى الله تعالى بالصدقات .

يقول ابن العربي :" إن أموال الميت تؤول إلى أربعة أوجه هل :

الأول: ما يحتاج إليه من كفنه وجهازه إلى قبره.

الثاني: ما تبرأبه دمته من دينه.

الثالث: ما يتقرب به إلى الله من خير لستدرك به ما فاته في أيام مهلته.

الرابع: ما يصير إلى ذوي قرابته الدانية.

فأما الأول فإنما قدم ، لأنه أولى بماله من غيره ، ولأن حاجته في الحال متقدمة على دينه، وقد كان في حياته لا سبيل لقرابته إلى لباسه وقوته، وكذلك في كفنه ، وأما تقديم الدين فلأن ذمته مر نة بدينه، وفرض الدين أولى من فعل الخير الذي يتقرب به ، فأما تقديم الصدقة على الميراث في بعض المال ففيه مصلحة شرعية و إيالة دينية، لأنه لو منع لفاته باب من البر عظيم، ولو سلط عليه لما أبقى لورثته بالصدقة منه شيئا "[5].

---

(1) الجصاص : أحكام القرآن ، ج 3، ص28 .

(2) هو سعد بن مالك بن أهيب ، و يقال له وهب بن عبد مناف القرشي الزهري ، أبو اسحاق بن أبي وقاص، أحد العشرة المبشرين بالجنة و آخرهم موتا ، وؤى عن النبي ρ ، و هو أول من رمى بسهم في سبيل الله ، و كام مجاب الدعوة ، توفي سنة 55 هـ على الأشهر . انظر ترجمته : الإصابة ج 3 ص 83 .

(3) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الوصايا ، باب الوصية بالثلث، حديث رقم : 2741 .

(4) اللاحم ، عبد الكريم بن محمد : فقه المواريث ، المكتب التعاوني للدعوة و الإرشاد ، ط 1 ،1414 هـ ، ج1، ص 25 .

(5) ابم العربي : أحكام القرآن ، ج 1 ص 444 .

مرتبتها: وإذا صحت الوصية لزمت الموصي و يثبت للدنئن ا و هو الموصي له الحق في استيفاء الموصي به من تركة الموصى مقدما على حقوق الورثة ، وقد اتفق الفقهاء على أن مرتبة الامتياز المقررة للوصية تلي مرتبة الامتياز المقرر لاستيفاء الديون العينية.

المطلب الثالث: امتياز حقوق الوراثة.

الذين يستحقون التركة منهم وارثون وهم أصحاب الفروض والعصبات وأصحاب الرد و ذوو الأرحام، ومنهم غير وارثين وهم المقر له بالنسب على الغير والموصى له بجميع المال وبيت المال (الخزانة العامة للدولة).

والوراثة ليسوا بدرجة واحدة، إذ بعضها متقدم على بعضها في الاستحقاق ولا يمكن الانتقال من درجة أدنى منها إلا بعد أن تستوفى أصحاب الدرجة المقدمة حقها،كما لا يمكن توريث من رتبته متأخرة في الاستحقاق ممن هو أقرب إلى الميت،مما يعني امتياز بعضهم على بعض في الاستحقاق من حيث الدرجة ، وكذلك من حيث تزاحم بعضهم إذا تساووا في المرتبة. وفيما يلي تفصيل في ترتيب من يستحق التركة بالأولوية على غيره من أصحاب الإرث:

الفرع الأول: امتياز أصحاب الفروض

أولا: تعريف أصحاب الفروض

وهم الذين حدد نصيبهم من التركة إما بالكتاب وإما بالسنة أو الإجماع، وهم قسمان قسم ينتمي إلى الميت بنسب، و قسم ينتمي إليه بسبب الزواج.

وأصحاب الفروض اثني عشر صنفا، ثمانية منها من الإناث وأربعة منها من الذكور، أما الإناث فهن : الزوجة- الأم- الجدة (أم الأب وإن علا و أم الأم مهما علت) - البنت - بنت الابن و إن نزل الابن - الأخت الشقيقة - الأخت لاب - الأخت لام .أما الذكور فهم : الزوج - الأب - الجد الصحيح - الأخ لام.

والفروض المقدرة محصورة بين نصف التركة وربعها وثمنها والثلثين منها وثلثها وسدسها. [1]

---

[1] تبيين الحقائق، ج6، ص243، اللباب، ج4، ص187-192، السراجية، ص26، الشرح الكبير، ج4، ص619-625،حاشية الخرشي ، ج 8 ص 198 ، القوانين الفقهية، ص384، كشاف القناع، ج4، ص449، مغني المحتاج، ج3، ص9، المغني، ج6، ص183.

ثانيا: الامتياز في توريث أصحاب الفروض

يتميز أصحاب الفروض في الميراث بمايلي:

- الإرث بالفرض أقوى من الإرث بالتعصيب من حيث أن أصحاب الفروض مقدمون في الإرث على العصبات في درجة الإرث، وأ م يتزاحمون على التركة ، ولا يسقطون إذا ضاقت بفروضهم .

* أصحاب الفروض مقدمون غالبا في الارث على العصبات ، فإذا أبقى ذوو الفروض شيئا ورثوه و إلا فلا. وهم مراتب :

* من حيث المستقبل للحياة والمستدبر، فالأولاد مقدمون على الآباء في مقدار الإرث بالنظر لاختلاف التبعات المالية .

أ- من حيث الذكورة والأنوثة ، فللذكر أكبر حظا من الأنثى لاختلاف التبعية المالية وفق نظام الميراث، كما في إبن وبنت لها كل التركة على أن للإبن ضعف البنت وذلك لقوله تعالى: " **اللَّهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ** "[1].

ب- بعض أصحاب الفروض (الأخوة والأخوات قد يحجبهم العصبة كالإبن.

ومن حيث إن فردا مقدم على الآخر، فالابن مقدم على الأخ إذ يحجبه ، وهذا بناء على مبدأ الأقرب فالأقرب، مثال: مات عن أب وإبن وأخ لأم فيأخذ الأب السدس والباقي للإبن ولا شيئ لأخ لأم.[2]

الفرع الثاني: امتياز ذوو العصبات

أولا: العصبة في الاصطلاح: هو من يستحق كل تركة الميت عند انفراده من أصحاب الفروض أو ما تبقيه منها أصحاب الفروض بعد أخذ ما لهم من فرض و هو ما يسمى بالعصبة النسبية أو كل من يحوز التركة إذا انفرد ا أو يحوز ما أبقاه أصحاب الفرائض[3].

والعصبة إما عصبة بنفسه وإما عصبة بغيره وإما عصبة مع غيره.

فالعصبة بنفسه فهو الذكر الذي لا يتوسط بينه وبين الميت أنثى كالأب والجد وابن الابن والأخ الشقيق، والأخ لأب وأبنائهما والعم الشقيق وأبنائه. ومشروعية توريثهم تقوم من أربع جهات وينحصرون في اثنتا عشر نفسا، يعضها أولى بالميراث من بعض و هي على الترتيب التالي :

---

(1) النساء: 11.

(2) رفيق يونس المصري : علم الفرائض ، دار القلم ،دمشق ، د.ط ، ص 49 .

(3) تبيين الحقائق ج 6، ص237، اللباب، ج4، ص193، الشرح الصغير، ج4، ص225، مغني المحتاج، ج3، ص17، كشاف القناع، ج4، ص470-476، والمغني، ج6، ص168.

البنوة فالأبوة فالأخوة فالعمومة، فيقال للبنوة الفروع، وللأبوة الأصول ، و للبنوة والأبوة الأطراف، ويقال للأخوة و العمومة الجوانب والحواشي . والحكم في هؤلاء أن العصبة ، إذا كان واحداً أخذ التركة كلها. وإذا كان معه صاحب فرض أخذ الباقي عن صاحب الفرض أو عن أصحاب الفروض إذا تعددوا. وللعصبات بالنفس أحوال أربعة:

- أولا: اعتبار الجهة في الأولوية: فإذا كان بعض العصبة من جهة البنوة والآخر من جهة الأبوة، تقدم الأولى على الثانية أي جهة الفرع مقدمة على جهة الأصل فلو ترك الميت إبنا وأبا أوترك أبا وأخا قدم الابن فأخذ الباقي بالعصوبة وأخذ الأب فرضه النصف فقط.

- ثانيا: اعتبار الدرجة في الأولوية: وهي القرب إلى الميت طبقة. فالابن أقرب إلى الميت من ابن الابن، ويتقدم الابن على ابن الابن والأب على الجد والأخ على ابن الأخ والعم على ابن العم.

- ثالثا: اعتبار قوة القرابة في الأولوية: وهي إدلاء الوارث بأبويه إلى الميت فالشقيق يدلى بأبويه والأخ لأب يدلى بالأب فقط ومثالاً على ذلك: لو ماتت زوجة عن زوج وبنت ابن، وابن ابن ابن، وأب وابن أخ لأب، فيكون للزوج الربع ولبنت الابن النصف وللأب السدس والباقي لابن ابن الابن ولا شيء للأب تعصيباً لأن جهة البنوة مقدمة على جهة الأبوة ولا لابن الأخ لأب بطريق الأولوية.

-رابعا: اعتبار الاستواء في الأولوية، فإذا اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة اعتبر الاستواء وتقسم التركة بينهم على عدد رؤوسهم، فإذا اجتمع عاصبان فأكثر وكانوا متحدين جهة، ودرجة، وقوة، واشتركوا في الإرث فللذكر مثل حظ الأنثيين، كالابن مع البنت، والشقيقة مع الشقيق، وإذا كانوا ذكوا فقط أو إناثا اشتركوا في الإرث بالسوية كعدد من الأبناء أو عدد من الأشقاء، أو عددا من الشقائق عصبة مع البنت.

وهذا الترتيب عند الحنفية، أما عند الجمهور فهو كالآتي:

-يقدمون جهة البنوة أو جزء من الميت وهم البنون وأبناؤهم وإن نزلوا.

-يقدمون جهة الأبوة أو أصل الميت وهي قاصرة على الآباء فقط.

-يقدمون جهة الجد مع الإخوة أو الأب دون أبنائهم.

-يقدمون جهة أبناء الإخوة الذكور والأشقاء أو لأب مهما نزلوا.

-جهة العمومة وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وجده مهما علو وبنوهم[1]. فاعتبر الجد مع الإخوة في م لة واحدة من العصوبة، إذ أن الإخوة الأشقاء لا يحجبهم من الأصول غير الأب عندهم.
والعصبة بالنفس طبقا للمادة 153 من قانون الأسرة أربع جهات يقدم بعضها على بعض عند اجتماع حسب الترتيب الآتي: جهة البنوة، جهة اللأبوة ، جهة الأخوة ، جهة العمومة. وتقوم العصبة بالنفس على المبادئ السالفة الذكر[2].

ومستند توريثهم مبني على ما ثبت عن رسول الله ρ" ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقته الفرائض فلأولى رجل ذكر)) [3] .

فقوله ρ: "فلأوْلى" دلت على ترتيب الأولوية في الإرث، والمراد بالأولوية هنا هي أولوية القرابة والقرابة تكون من ناحية النسب والنسب لا يكون إلا من جهة الأب.
والحديث مع دلالته على ذلك يدل على أنه إذا تعدد العصبات، لوحظ بينهم الترجيح بالقرب من الميت بالدرجة أو في قوة القرابة. [4]

ثانيا: ومن قواعد التقديم في الإرث بالتعصيب:

- أن درجات العصبات تلي ذوي الفروض
- الإرث بالتعصيب أقوى من حيث: أن العاصب يستحق كل التركة ، إذا لم يوجد أصحاب فروض في حين أصحاب الفرض يستحق فرضه .

---

(1) الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، ص337.

(2) العربي بلحاج :الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1999م، ج2 ص124 .

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب: ميراث ابن الابن إن لم يكن ابن، من حديث ابن عباس بنفس اللفظ، ج8، ص551، وأخرجه أيضا في باب: ميراث الجد مع الأب والإخوة من حديث: ابن عباس، ج8، ص152، وأخرجه أيضا في باب: ميراث الولد من أبيه وأمه، ج8، ص150، وأخرجه: مسلم في صحيحه، كتاب: الفرائض، باب: ألحقوا الفرائض...بلفظ ألحقوا الفرائض بأهلها فما تركت الفرائض فلأولى رجل ذكر من حديث ابن عباس، ج11، ص57، أخرجه أبي داوود في سننه، كتاب: الفرائض، باب: ميراث العصبة، بلفظ"اقسم المال بين أهل الفرائض على كتاب الله، فما تركت الفرائض فلأولى ذكر" من حديث ابن عباس، ج2، ص18، والترمذي في سننه، كتاب: الفرائض، باب: ما جاء في ميراث العصبة، حديث رقم: 2179، ج3، ص283، وابن ماجة في سننه، كتاب: باب: ميراث العصبة، حديث، 2740، ج2، ص915، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب: الفرائض، باب: ترتيب العصبة، ج6، ص238.

(4) أبو زهرة : أحكام التركات و المواريث ص151.

- إن العاصب قوي، لا سيما الابن، وذو الفرض إنما فرضه تضعفه لئلا يسقطه القوي، ولهذا كان أكثر من فرض له الإناث وأكثر من يرث بالعصوية الذكور فصار الأصل في الذكر هو التعصيب، وفي الإرث هو الفرض .

- أن الترجيح بين العصبة بالنفس على أساس ترتيب الأولوية في الإرث بين العصبات[1].

الفرع الثالث: امتياز ذوو الأرحام

الفرع الأول: تعريف ذوو الأرحام وأصنافهم

ذوو الأرحام هم الأقارب[2] ويطلق في الاصطلاح: هم الأقارب الذين ليسوا من أصحاب الفروض ولا من العصبات[3]

وقواعد الاستحقاق فيهم هي نفس قواعد العصبات لولا فارق الذكورة والأنوثة، إذ أن العصبات لا يشملون إلا الذكور.و للعلماء في توريثهم إذا تعددوا طريقتان :

الطريقة الأولى: جعلوا ذوو الأرحام أربعة أصناف أو جهات، بعضها أولى بالميراث من بعض، على الترتيب التالي. [4]: جهة الفرع، فجهة الأصل، فجهة الأخوة، فجهة العمومة والخؤولة.

فالترجيح بالجهة، يكون بتقديم الصنف الأول على الصنف الثاني وهكذا، فإذا كان الوارث في الجهة المستحقة واحدا، استحق كل التركة أو ما بقي بعد فرض أحد الزوجين، أما إذا تعدد المستحقون في نفس الجهة، فيكون الترجيح بدرجة القرابة، أي يكون أولادهم بالميراث أقر م إلى الميت درجة.

وإذا تساووا في الدرجة، فيكون الترجيح كما يلي:

أولا: إذا أدلى البعض إلى الميت بوارث والبعض الآخر بغير وارث، قدم ولد الوارث، فعليه، إذا مات المورث عن بنت بنت ابن وابن ابن بنت، فكل المال للأولى، لأ ا انتسبت إلى الميت بأمها بنت الابن وهي صاحبة فرض، على حين أن الثاني أنتسب بابن البنت وهو لا يرث بوجود أصحاب الفروض.

---

(1) لسان العرب، ج 12، ص 230.

(2) علم الفرائض، ص52.

(3) حاشية العدوي ، ج 2، ص 345 .

(4) وهي على طريقة أهل القرابة عند الحنفية ، حيث ذهبوا إلى توريثهم كتوريث العصبات ، فيقدم الأقرب فالأقرب بحسب الترتيب : البنوة ، الأبوة ، الأخوة، العمومة .

ثانيا: إذا أدلى بوارث أو الجميع بغير وارث واتفقت صفة الأصول في الذكورة والأنوثة، اشتركوا بالإرث، وجرت القسمة على الفروع للذكر مثل حظ الأنثيين، فلو مات المورث عن ابن بنت بنت وبنت بنت بنت أو ابن بنت ابن وبنت بنت ابن، كان للأول الثلثان وللثانية الثلث.

ثالثا: إذا أدلى الجميع بوارث أو الجميع بغير وارث واختلفت صفة سائر الإخوة جميعا، وأولاد (أبناء وبنات) الأخوات جميعا، وأولادهم وإن سلفوا.

أما إذا اتحدت الجهة ودرجة القرابة، فيكون الترجيح كما يلي[1] :

أولا: يقدم من يدلي بوارث على غيره، فلذا يقدم ولد العاصب على ولد ذي الرحم، فبنت ابن الأخر أولى من ابن بنت الأخ.

ثانيا: إذا كان الجميع أولاد عصبات (كبنتي ابني الأخ لأبوين أو لأب)، أو أولاد أصحاب فرائض (كبنات أخوات متفرقات)، أو كان الجميع أولادا مختلطين من هاتين الفئتين (كبنت أخ لأبوين أو لأب وبنت أخ لأم)، أو كلهم أولاد ذوي أرحام (كبنت بنت الأخ وابن بنت الأخ)، فأبو يوسف يقدم قوة القرابة، فمن كان أصله لأبوين قدم على من كان لأب، ومن كان لأب قدم على من كان لأم، وإذا اتحدت القوة، فهم يشتركون بالإرث، أما الإمام محمد فإنه يقسم المال على أصولهم، أي على الإخوة والأخوات، ويسم حصة كل فريق على فروعهم .

وهكذا في باقي الأصناف الأخرى.

الطريقة الثانية:[2] :. يكون الترتيب ذوي الأرحام كالآتي :

- ي ل الخال و الخالة م لة الأم و مثاله : مات و ترك عن خالا : فيكون ميراثه ميراث الأم ، فيرث بالفرض الثلث و الباقي ردا .

- ب ل العم والعمة م لة الأب ومثاله: مات وترك عمة ، ترث ميراث الأب فتأخذ المال تعصيبا .

([1]) راجع : المبسوط ، ج 30 ص 6 ، رد المحتار ، ج 5 ص 692 ، شرح السراجية ، ص 109 .

([2]) طريقة الت يل و هي أن ي ل كل من أدلى بذي سهم أو عصبة بم لة السبب الذي أدلى به. راجع : بداية ا تهد ، ج 2 ص 339 ، أسهل المدارك ، ج 2 ص 365 ـ 366 .

وهكذا مع باقي الوراثة من ذوي الأرحام فأؤلاد البنات ي لون م لة البنات و أولاد بنات الابن ي لون م لة بنات الابن و أولاد الأخت الشقيفة ي لون منولة الأخت الشقيقة .

وإذا تعدد ذوو الأرحام ، فإ م يرثون على طريقة الت يل بحسب م لة الأصل الذي أدلى به للميت

مثاله: مات وترك: بنت خال، وابن ابن بنت وابن أخت لأب فبنت الخال تمزا م لة الأم ولها السدس، وابن ابن البنت يمزل م لة البنت و له النصف، وابن أخت لأب تمزل م لة الأخت لأب عصبة مع الغير

وقد نص المقنن الجزائري في المادة 168 من قانون الأسرة على طريقة توريث ذوي الأرحام بقوله :"

يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي: أولاد البنات وإن نزلوا وأولاد بنات الابن و أن نزلوا . فأولادهم بالميراث الأقرب إلى الميت درجة، فإن استووا في الدرجة فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذوي الأرحام، و إن استووا في الدرجة و لم يكن فيهم ولد صاحب فرض أو كانوا كلهم يداون بصاحب فرض اشتركوا في الإرث "

إلا أن الملاحظ على هذا القانون أنه اكتفى بأولاد الميت خلافا لما هو موسعا عند الفقهاء، فضلا على أن هذه المادة جاءت بأحكام مستمدة من المذهب الحنفي، وهي بحاة إلى إعادة المظر فيها جملة و تفصيلا: (1) .

(1) جيجيك ، صالح : الميراث في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، ط1 ، 2002، ص99 و ما بعدها.

الديون العينية هي الديون التي تتعلق بعين من أعيان مال المدين"[1]، وذلك كما في الرهن الذي يتضمن حق الدائن في حبس العين المرهونة لسداد دينه، ويلحق به حق الدائن في حبس المبيع وفاء لثمنه و حق المستأجر في حبس العين المؤجرة وفاء للمنفعة إذا عجل بدفع الأجرة على نحو ما قرره الفقهاء.

---

(1) شرح الرحبية ص 35.

ويسمى أرباب هذه الديون بالأصحاب الديون الممتازة، أو أصحاب الديون الموثقة أو بأصحاب الحقوق التي يحتج ا في مواجهة الدائنين، وهذه الديون لا يعامل أربا ا معاملة الدائنين العاديين فلا يخضعون لقسمة الغرماء بل تكون لهم الأولوية في استيفائها قبل غيرهم من الغرماء.

- ومن خصائص هذه الديون الممتازة :

- أولا: أ ا تعطي لصاحبها حق حبس[1] العين التي تعلق ا الدين إن كانت تحت يده حتى يستوفى دينه.

- ثانيا: أ ا تعطي لصاحبها حق استردادها[2] من المفلس إذا كانت انتقلت إليه حتى يستوفى دينه.

ولهذا: فإن هذا الفصل من الديون الممتازة تتنوع فيه آثار الامتياز بين حق الحبس وحق الاسترداد وفيما يلي تفصيل عن هذه الديون في المبحثين الآتيين:

المبحث الاول: امتياز الديون المتعلقة بالأعيان

المطلب الأول: امتياز البائع بالمبيع

الفرع الأول: حكم امتياز البائع بالمبيع

صورة المسألة: من باع سلعة، ففلس المشتري قبل قبض البائع الثمن، ووجد سلعته قائمة عند من اشتراه منه، هل يكون البائع أولى بعين ماله من الغرماء، وبذلك يفسخ البيع، أم أن البيع يبقى على لزومه فيستوي هو وبقية الغرماء فيها و في غيرها من مال المفلس ؟

اختلف الفقهاء في مدى أحقية المالك في استرداد عين ماله التي لم يقبض ثمنها من المفلس على قولين:

- القول الأول:

ذهب جمهور العلماء من المالكية[3]والشافعية[1] والحنابلة[2] الظاهرية[3]

([1]) هو حق يقتضي الإعتراف للدائن بأحقيته في حبس العين المملوكة لمدينه النفلس إذا كانت تحت يده حتى يستوفي دينه حيث لو احتيج إلى بيعها ضمن أموال الممفلس كان بثمنها أحق من سائر الغرماء يستوفي منه دينه و يتقرر للعين المرهونة – الوديعة – الشيء المصنوع و غيره .راجع : البسيوني : آثار ال'فلاس في الشريعة الإسلامية ، ص158 .

(2) هو حق مقرر للبائع علي السلعة التي باعها إذا أفلس مشتريها ، أو مات قبل أن يؤدي ثمنها .راجع : البسيوني : آثار الإفلاس في الشريغة الإسلامية ، ص 161

(3) بداية ا تهد و اية المقتصد، ج2، ص 213-237، التاج والإكليل، ج5، ص32، مختصر خليل، ج1، ص 202،: المدونة الكبرى، ج13، ص226، كتاب التفليس، القوانين الفقهية، ج1، ص209،: الكافي، ج1، ص 417-421، شرح الزرقاني على موطأ الأمام مالك، ج3، ص419-420، حاشية الدسوقي ، ج 4، ص 457 ، مواهب الجليل ج 6 ص 618 .

والإباضية[4] إلى القول بامتياز البائع بالمبيع الذي باعه المفلس ولم يقبض ثمنه، وله تركه و محاصة الغرماء يالثمن ، وبه قال من الصحابة عثمان وعلي رضي الله عنهما، وأبو هريرة τ، وهو مذهب الأوزاعي[5] وأبو ثور[6] وابن المنذر[7] وإسحاق[8] رضي الله عنهم.

- **القول الثاني:**

ذهـب الحنفية[9] إلى القول بأنه ليس للبائع امتياز يالمبيع عند الإفلاس، وإنـما يـكون أسوة الغـرماء، وهو قـول وإبـراهيم النخـعي[10] وابـن شـبرمة[1] والثـوري[2].

---

(1) حاشية البجيرمي، ج2ص403، روضة الطالبين، ج4، ص 167، حواشي الشرواني، ج5، ص127-154، الأم، ج3، ص199-203، تحفة المحتاج، ج2، ص 257، منهج الطلاب، ج1، ص49، المهذب، ج1، ص319-227، فتح الوهاب، ج1، ص 42 . مغني المحتاج ج 3 ص 118 .

(2) المبدع شرح المقنع،ج4، ص 314-355، المغني، ج4، ص 265-293، المحرر في الفقه على مذهب الأمام أحمد ،ج1، ص34، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، ص 426-431، الفتاوى الكبرى، ج6،ص 311-313، الفروع ، ج4، ص 221، ، الكافي، ج2، ص 50، 174-177.

(3) المحلى،:ج8، ص 635-643، مسألة رقم 1283.

(4) شرح النيل، ج7، ص173-182.

(5) الأوزاعي: هو محمد عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد الدمشقي، أبو عمرو، الحافظ شيخ الإسلام ولد ببعلبك، وربي يتيما، قال ابن حبان: هو أحد أئمة الدنيا فقها وعلما وورعا وحفظا، وفضلا وعبادة، وضبطا مع زهادة. مات بيروت مرابطا سنة 157هـ. انظر ترجمته : الذهبي، تذكرة الحفاظ،ج1، ص 178.

(6) أبو ثور: هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، أخذ الفقه عن الشافعي ببغداد، قال أحمد: أعرفه بالسنة منذ خمسين سنة، و هو عندي في مسلاخ سفيان الثوري، توفي سنة 24هـ ببغداد. انظر ترجمنه: الشيرازي، طبقات الفقهاء، ص 92-101 .

(7) ابن المنذر: أبو بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري، شيخ الحرم الفقيه العلامة، صاحب الكتب التي لم يصنف مثلها كالمبسوط في الفقه، والإشراف في اختلاف العلماء، وكتاب الإجماع كان غاية في معرفة الاختلاف والدليل قال الذهبي: وكان مجتهدا لا يقلد أحدا، وقال، وعده الشيخ أبو إسحاق الشيرازي في طبقات الشافعية مات سنة 318هـ بمكة . انظر: ترجمته :الذهبي، تذكرة الحفاظ، ج3، ص 782.

(8)إسحاق بن راهوية: إسحاق بن ابراهيم بن مخلد الحنظلي المروزي، المعروف بابن راهوية، أحد أعلام نيسابور ، نقل عنه أنه أملى أحد عشر ألف حديث من حفظه وكان فقيها ومحدثا وهو ثقة، سمع عنه البخاري ومسلم، له مسند مشهور، توفي سنة 237هـ بنيسابور. انظر ترجمته : الشيرازي: طبقات الفقهاء، ص 94 .

(9)ابن عابدين: رد المحتار، ج4، ص 564-565، ، مجمع الأ ر، ج2، 435 -454 -، المبسوط، ج13 ص 198-199، شرح معاني الآثار، ج4، ص 164-174، باب الرجل يبتاع سلعة في قبضها.

(10)**النخعي**: هو ابراهيم بن يزيد بن قيس، أبو عمران، روى عن علقمة ومسروق، ودخل على أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وهو صبي، أخذ عنه حماد بن أبي سليمان وغيره، ثقه، قال الأعمش:كان صيرفيا في الحديث، مات سنة 95هـ وهو متوار من الحجاج ودفن ليلا.انظر ترجمته : الذهبي: تذكرة الحفاظ، ج1، ص73 .

وفيما يلي نشير إلى أقوال الفقهاء في المسألة، ثم نعرض إلى أدلتهم والترجيح بينهم:

- عند الحنفية:

يقول صاحب الهداية: "ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه، فصاحب المتاع أسوة للغرباء فيه"[3].

وجاء في تبيين الحقائق: "لو اشترى متاعا فأفلس و المتاع قائم في يده، فالذي باعه المتاع أسوة الغرماء فيه"[4].

- عند المالكية:

يقول الخرشي: "من باع سلعة وحازها المشتري وقبل أن يقبض البائع ثمنها، فلس المشتري فلبائعها، وهو المراد بالغريم أن يأخذ عين ماله ا از عنه في حالة الفلس وهو أحق به من الغرماء، لأن الذمة موجودة في الجملة، ودين الغرماء متعلق ا[5].

- عند الشافعية

يقول الرملي: "في رجوع المعامل للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه من باع ولم يقبض الثمن حتى حجر على المشتري بالفلس فله استرداد المبيع للخبر في ذلك"[6].

يقول صاحب المنهاج : "من باع ولم يقبض الثمن حتى حجر على المشتري بالفلس، فله فسح البيع و استرداد المبيع"[7].

- عند الحنابلة:

---

(1)هو عبد الله بن شبرمة الضبي ،الكوفي التابعي و قاضيها ، ولد سنة 72 هـ ، تفقه بالشعبي ، توفي سنة 144 هـ انظر ترجمته : سير أعلام النبلاء ج 6 ص 347.

(2)**الثوري**: هو سفيان الثوري: ابن سعيد بن مسروق، أبو عبد الله الكوفي.قال شعبة وسفيان ابن عيينه وأبو عاصم وابن معين وغير واحد من العلماء: سفيان أمير المؤمنين في الحديث وقال ابن مهدي: كان وهب يقدم سفيان في الحفظ على مالك، توفي بالبصرة سنة 11هـ.انظر ترجمته : النووي، ذيب الأسماء واللغات،دار الكتب العلمية ، بيروت ، د.ط، ج1، ص 222.

(3)الهداية مع تكملة فتح، ج7، ص330 .

(4) تبيين الحقائق ،ج 5 ، ص 209

(5)حاشية الخرشي، ج5، ص281.

(6) اية المحتاج، ج3، ص326.

(7) مغني المحتاج ، ج 3 ص 118 .

ورد في الشرح الكبير: "المفلس إذا حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعه إياه بعينها فله استرداد العين بشرط أن يكون المفلس حيا، ولم ينقد من ثمنها شيئا والسلعة بحالها ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها"[1].

- **عند الظاهرية:**

يقول ابن حزم: "ومن فلس من حي أو ميت فوجد إنسان سلعته التي باعها بعينها فهو أولى ا من الغرماء وله أن يأخذها"[2].

الأدلة:

أ- أدلة الفريق الأول: استدل أصحاب القول الأول على مذهبهم بالسنة والقياس والمعقول.

أولا: من السنة:

- ما روي عن أبي بكر عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أخبره، أنه سمع أبا هريرة τ يقول: قال رسول الله ρ أو سمعت رسول الله ρ يقول-: "من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس- أو إنسان قد أفلس- فهو أحق به من غيره"[3].

- وجه الدلالة : في الحديث دلالة واضحة على من أدرك عين ماله الذي لم يقبض ثمنه عند مدينه المفلس، يكون أحق به من سائر الغرماء[4]، لأن المشتري قد عجل بالإفلاس عن إيفاء الثمن، ويوجب ذلك حق

([1]) الشرح الكبير مع المغني، ج4، ص465.

([2]) ابن حزم، المحلى، ج8، ص185، مسألة 1283.

([3]) أخرجه مسلم، في صحيحه ، ج3، ص 1193، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه واللفظ له، البخاري، الجامع الصحيح المختصر، ج2، ص846، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به، ابن حبان، صحيح ابن حبان، ج11، ص 412-415، باب الفلس، الترمذي، سنن الترمذي، ج3، ص 562، باب ما جاء إذا أفلس للرجل غريم فيجد عنده متاعه، الدارمي، سنن الدارمي،، باب فيمن وجد متاعه عند المفلس، ج2، ص340، البيهقي،سنن البيهقي الكبرى، باب المشتري يفلس بالثمن(أيما رجل)، ، ج6، ص 44، الشافعي: مسند الشافعي ص 329، أحمد بن حنبل : مسند الإمام أحمد بن حنبل ،رقم الحديث 10807، ج2، ص 258.

([4]) فتح الباري، ج5، ص62-63، صحيح مسلم بشرح النووي، ج3، ص1193.

الفسخ للبائع بأن يخير بين أن يأخذ ماله الذي وجده عند المفلس بعينه، أو يكون كسائر الغرماء[1]، ودلالة الحديث قـوية حتى قيل أنه لا تأويل له، وقـال الإصطخري[2]، من أصحاب الشافعي: "لو قضى القاضي بخلافه نقض حكمه"[3].

-ثانيا: ما رواه الإمام مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث عن هشام أن رسول الله ρ قال : "أيما رجل باع رجلا متاع فأفلس المبتاع ولم يقبض الذي باعه من الثمن شيئا فإن وجد البائع سلعته بعينها فهو أحق ا، وإن مات المشتري فهو أسوة الغرماء"[4].

- **وجه الدلالة:**

دل الحديث على من وجد متاعه بعينه ولم يقبض من ثمنه شيئا، فهو أحق به من غيره، ويقدم على باقي الغرماء، فإن مات المفلس كان كسائر الغرماء يضرب معهم بسهمه[5].

ثالثا: من القياس: قاسوا استرداد عين المبيع حالة إفلاس المشتري على استرداد رأس مال السلم ما إذا تعذر تسليم المسلم فيه، بجامع تعذر استيفاء العوض في كل منهما[1].

---

(1) مغني المحتاج، ج3، ص118.

(2) الإصطخري: الإمام القدوة العلامة شيخ الإسلام أبو سعيد الحسن بن أحمد بن أحمد بن زيد الإصطخري الشافعي فقيه العراق ورفيق ابن سريج، قال أبو إسحاق المروزي: لما دخلت بغداد لم يكن ا من يستحق أن يدرس عليه إلا ابن سريج وأبو سعيد الإصطخري، مات الإصطخري في جمادي الآخرة سنة ثمان وعشرين وثلاث وله نيف وثمانون سنة.انظر ترجمته: الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج150،ص 250-252.

(3) ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ج2، ص 146-150، ا موع شرح المهذب، ج3، ص 210، : فتح الباري ج 5 ص 62 ـ 63.

(4) رواه مالك في موطئه باب ما جاء في إفلاس الغريم، رقم الحديث 1357، ج2، ص 678 البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، ،باب المشتري يموت مفلسا بالثمن،رقم الحديث 11036، ج6، ص46، الدارقطني :سنن الدارقطني ،230 رقم الحديث 107 ج3، ص 229-230، الشافعي، مسند الشافعي، ج1، ص329، ابو داود: سنن أبي داود، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، ج3 ص286، ابن ماجة، سنن ابن ماجة ، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، ، رقم الحديث 2359، ج2، ص 790، ابن عبد البر ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج8، ص407-416، 264 ، وهو حديث مرسل لا يحتج به عند جمهور المحدثين. ابن عبد البر، التمهيد، ج7، ص 406-ص 406-41 ، شرح معاني الآثار، ج4،ص166.

(5) المباركفوري، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، باب ما جاء باب إذا أفلس للرجل غريم عنده متاعه، ج4، ص 397-398 ،شرح النووي على صحيح مسلم، ، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه،ا ج10، ص 221، االتمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج8، ص 407-416.

ب- أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على عدم امتياز البائع بالمبيع عند الإفلاس، وإنما يكون أسوة الغرماء بالكتاب والسنة والقياس ومن المعقول.

أولا: من الكتـاب:

- قوله تعالى:" وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ " [2].

- وجه الدلالـة:

في الآية الكريمة دلالة واضحة على استحقاق المعسر التأجيل والإنظار، حينما يفلس بالثمن، فإذا استحق التأجيل لم يكن للبائع فسخ البيع قبل مضي الأجل، لأن الانتظار يقتضي عدم المطالبة فامتناع الفسخ أولى [3].

ثانيا: من السنـة

استدلوا بعدة أحاديث منها:

- ما روي عن أبي هريرة τ أن النبي ρ قال: "إذا أفلس الرجل ووجد الرجل متاعه فهو بين غرمائه"[4].

- ما روي عن أبي هريرة τ أن النبي ρ قال: "من باع بيعا فوجده بعينه وقد أفلس الرجل فهو ماله بين غرمائه"[5].

- ما روي عن النبي ρ قال: "أيما رجل أفلس فوجد متاعه فهو أسوة غرمائه فيه"[6].

- وجه الدلالـة:

دلت الأحاديث دلالة واضحة على عدم أحقية البائع في فسخ البيع واسترداد عين ماله، وإنما يكون دائنا بثمنه للمفلس شأنه شأن سائر الغرماء، ومن ثم يكون حديث أبي هريرة τ الوارد في أدلة الرأي الأول مؤولا بأن المشتري إنما يكون قد قبض المتاع بشرط الخيار للبائع[7].

- ما رواه أبو هريرة τ مرفوعا: "أيما رجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو أسوة الغرماء"[1].

---

(1) المغني، ج4، ص266.

(2) البقرة: 280.

(3) المبسوط ، ج 14 ، ص 198 ، تبيين الحقائق ،ج 5 ، ص201

(4) رواه ابن حزم وقال:" حديث موضوع لأن في سنده عصمة نوح ابن أبي مريم وهو كذاب مشهور، يوضع الحديث".انظر : المحلى، ج6، ص488.

(5) رواه ابن حزم في مسنده عن عمر بن قيس ، و هو ضعيف جدا . امظر : المحلى ، ج 6 ص 488 .

(6) رواه البابرتي عن الخصاف، العناية، شرح الهداية، ج5، ص379.

(7) العناية شرح الهداية، ج5، ص379.

- وجه الدلالة:

يدل الحديث على أن من وجد عين ماله عند من أفلس فلا يكون له حق الرجوع بالأخذ عين ماله بل يكون كباقي الغرماء[2].

- وقالوا هذا الحديث أولى من غيره لموافقته الأصول العامة، ولأن الذمة باقية وحقه فيها[3].

ثالثا: من القياس:

- قالوا إن البائع كان له حق إمساك المبيع حتى يقبض الثمن، فلما سلمه أسقط حقه في إمساكه، ومن ثمّ فلا يجوز له أن يرجع في ذلك بالإفلاس، قياسا على المر ن إذا سلم الرهن إلى الراهن"[4].

- أن المشتري قد ملك المبيع بمجرد العقد، واستقر في ملكه بقبضه، فلا يملك البائع الرجوع بعد ذلك، لان العقد قد تم مستوفيا شروطه، و ليس من شروطه التسليم[5].

رابعا - من المعقول:

قالوا إن عقد البيع قد أوجب ملك الثمن للبائع في ذمة المشتري، وبذلك قد أصبح دينا، والدين وصفا في الذمة لا يتصور فيه العجز، ولا يتغير عليه موجب عقده أبدا، لأنه باق ببقاء محله وهي الذمة، والذمة باقية بعد الإفلاس كما كانت قبله، ومن ثمة فلا حق للبائع في الفسخ[6].

مناقشة الأدلة والترجيح

أولا: مناقشة أدلة الجمهور:

ناقش الحنفية أدلة الجمهور بجملة من الاعتراضات الآتية:

1- الاعتراض الأول:

---

(1) ابن الجارود، المنتقى، ج1، ص 160، رقم 634، الحاكم،أبي عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري : المستدرك،دار المعرفة ،بيروت، ط 1998، 1، ج2، ص 58، الدارقطني: سن الدارقطني، ج3، ص 29، رقم 106، ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج2، ص 790، رقم 2357 ، موطأ مالك، ج2، ص 794، رقم 1489، وهو حديث مرسل لا يحتج به عند جمهور المحدثين، التمهيد، ج8، ص 406-41 ،المحلى، ج8، ص 176-180، فتح الباوي ج5، ص 64، شرح معاني الآثار ، ج4، ص 166، سبل السلام، ج3، ص 54.

(2) شرح معاني الآثار، ج4، ص 164.

(3) المرجع نفسه، ج4، ص 164، باب الرجل يبتاع سلعة في قبضها ثم يموت وثمنها عليه دين.

(4) فتح القدير ج 9 ص 286 .

(5) العناية امش فتح القدير ، ج 9 ، ص 286 ، حاشية ابن عابدين ، ج 4 ص 601

(6) تبيين الحقائق،ج 5 ، ص 202 ، المبسوط ، ج 19 ص 198 ، فتح القدير ج 9 ص 286

قالوا: إن أحاديث التي استدللتم ا أخبار آحاد مخالفة للأصول لا يحتج ا، لأن السلعة التي بيد المفلس ليست عين مال البائع، لأ ا صارت بالبيع و القبض ملكا للمشتري، ومن ضمانه استحقاق البائع أخذها منه نقض لملكه[1]. وهذا لأن خبر الواحد يفيد الظن بينما الأصول المتواترة يقينية مقطوع ا[2].

وردّ الجمهور على هذا الاعتراض من وجهين :

- الوجه الأول: أن حديث أبي هريرةτ: "من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره" حديث مشهور من غير هذا الوجه، فقد ورد من عدة طرق تضافرت جميعها على أحقية الدائن في استرداد عين ماله، إذا موجودا بعينه بحوزة المفلس[3].

- الوجه الثاني: أن الحديث مخالف للأصول المتواترة قول غير مسلم به إذا جاء نقض ملك في عدة مواضيع، حتى بعد قبض المشتري منها أخذ الشفيع بالشفعة من المشتري[4]، فضلا عن أن السنة الصحيحة من جملة أصول الشريعة، ومن ثم فلا يترك العمل ا إلا بما هو، ولم يرد في هذا المقام ما هو كذلك، وعليه فلا ترد السنة بأصول أخرى مستنبطة[5].

- وقالوا لو سلمنا جدلا بأن السلعة قد صارت ملكا للمفلس، فقد دل الحديث على نقض ملكه فيها، ومن ثم يكون قد خص مطلقا، وعليه يبنى العام على الخاص[6].

2- الاعتراض الثاني:

يحمل الحديث على ما إذا كان المبتاع موجودا في حوزة المفلس على سبيل الوديعة أو العارية أو اللقطة أو الغصب وما أشبه ذلك، فإن ذلك ماله بعينه أحق به من سائر الغرماء[7].

- وأجيب عن هذا من ثلاثة أوجه :

---

(1) تبيين الحقائق،ج 5، ص 202، :نصب الراية، ج5، ص386، الهداية مع العناية، ج5، ص279

(2) بداية ا تهد، ج2، ص287. ، نيل الأوطار، ج5، ص374

(3) العسقلاني : فتح الباري ، ج 5 ص 64 ، ابن حزم : المحلى ، ج 6 ، 484 – 485 ،

(4) الشافعي :الأم، ج3، ص203.

(5) الشوكاني: نيل الأوطار، ج5، ص390.

(6) نيل الأوطار ، ج5، ص390.

(7) شرح معاني الآثار، ج5، ص165.

- أولا: لا يصح هذا التأويل لأن نص الحديث واضح وصريح في التقييد بحالة الإفلاس، فضلا على أنه يكون لصيغة الأفضلية فائدة في هذه الحالة، حيث قال ρ في الحديث فهو أحق به" وذلك لأن صيغة أفعل تقتضي الاشتراك، ومن المعلوم أن صاحب العارية أو الوديعة أو الشيء المغصوب لا يشاركه أحد، لأن يستحق استرجاع ماله بشرط وبغير شرط في فلس وفي غيره لعدم زوال ملكه عنه[1].

- ثانيا: أن هذا التأويل مردود أيضا، حيث قد ورد في بعض روايات الحديث التصريح بلفظ البيع كما في حديث أبي هريرة عن النبي ρ في الرجل الذي يعدم إذا وجد عنده المتاع ولم يفرقه، أنه لصاحبه الذي باعه"[2]، وحديث "من باع سلعة فأفلس صاحبها فوجدها بعينها فهو أحق ا دون الغرماء"[3].

- ثالثا: أن الحديث محمول على ما إذا أفلس المشتري قبل أن يقبض السلعة[4].

ويرد على هذا أنه قد وردت عدة روايات تفيد بدلالة واضحة على تحقق القبض للمشتري المفلس. وقد جاء في فتح الباري: "وتعقب في قوله ρ عند رجل قد أفلس"فلو كان لم يقبضه ما نص في الخبر على أنه عنده"[5].

وقال الشوكاني: "وتعقب بقوله في حديث سمرة (عند مفلس) وبقوله في حديث أبي هريرة (عند رجل) وفي لفظ ابن حبان (ثم أفلس وهي عندهم)، وللبيهقي "إذا أفلس الرجل وعنده متاع"[6].

وقد نوقش دليلهم من جهة القياس بأنه قياس مع الفارق، وذلك لأن البيع يوجب ملك الثمن للبائع في ذمة المشتري، وبذلك صار الثمن دينا، والدين وصفا في الذمة، ومن ثمة يجوز إسقاطه بإبراء أو الاستبدال بخلاف المسلم فيه، فإنه عين، والأعيان لا يجوز إسقاطها ولا استبدالها قبل القبض، وهو مبيع، والعجز عن تسليم المبيع يوجب خيار الفسخ، لأنه عجز عن التسليم المستحق بالعقد فيفوت به ما أوجبه العقد[7].

ثانيا: **مناقشة أدلة الحنفية:**

---

(1) الذخيرة، ج7، ص172، المحلى، ج6، ص484.

(2) صحيح مسلم، كتاب الاستقراض، باب: من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس، رقم 1559.

(3) الدرقطني، سنن الدراقطني، رقم الحديث 108.

(4) تبيين الحقائق، ج5، ص201.

(5) فتح الباري، ج5، ص64.

(6) نيل الأوطار، ج5، ص290.

(7) تبيين الحقائق، ج5، ص203، نصب الراية، ج5، ص38.

قد ناقش جمهور الفقهاء أدلة الحنفية بالاعتراضات التالية:

1- الاعتراض الأول:

رد على استدلال الحنفية بأن الآية عامة في كل معسر و مفلس، والحديث الثابت في هذا الباب خاص ، فمن وجد متاعه بعينه عند المفلس، فيحمل الخاص على العام، فيبقى العام على عمومه و يعمل به فيما عدا الخصوص[1].

2- الاعتراض الثاني:

ناقش الجمهور الأحاديث التي استدل ا الحنفية بأن الحديثين الأولين موضوعين، إذ في السند الأول ما هو مشهور بالكذب ووضع الحديث، وفي الثاني من هو ضعيف جدا. ولو سلمنا بصحتهما لكان الثابت عن أبي هريرة τ زائدا وكان هذا لمعهود الأصل، والأخذ بالزائد هو الواجب الذي لا يجوز غيره، هذا وقد صح عن أبي هريرة خلاف هذين الخبرين، والصحابي إذا روى رواية ثم خالفها، دل على بطلا ا[2].

ويمكن مناقشة الاستدلال بالحديث الثالث بأن البحث في كتب السنن لم يتوقف عليه ذا اللفظ، ومن ثمة فلا يقوى على معارضة الحديث الصحيح المروي عن أبي هريرة τ [3].

3- الاعتراض الثالث:

نوقش دليلهم من جهة القياس، بأنه قياس مع الفارق لأن إمساك المر ن للرهن، إنما هو إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس بدل، بخلاف الثمن في البيع فإنه بدل عن العين، ومن ثم فإذا تعرض استيفاؤه رجع إلى المبدل[4].

---

(1) العجمي محمد نايف، الرجوع و أثره في العقود، ص163.أصل الكتاب رسالة ماجستير مقدم من كلية العلوم،جامعة القاهرة، قسم الشريعة تحت إشراف محمد بلقاجي يمكن تحميلها من موقعWW archiv.org

(2) المحلى، ج6، ص488. ذيب التهذيب، ج10، ص486 -488 ، الحديث من رواية أبي عصنة نوح بن أبي مريم و أبو عصمة كذاب مشهور بوضع الحديث.

(3) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص469.

(4) المغني، ج4، ص266.

ويناقش الدليل الأخر بقولهم أنه لو سلمنا بما ذكر من انتقال الملك بمجرد العقد، فإن هذا لا يمنع من فسخ العقد وإ اء هذا التمليك، وقد ثبت إ اؤه بالخيار
والإقالة فلا مانع من ثبوته كذلك بالإفلاس[1].

4- الاعتراض الرابع:

نوقش دليلهم من المعقول بأنه دليل عقلي، لا يعارض به النص المصرح لأن البائع أحق بعين ماله من سائر الغرماء.

الترجيح

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، ودفع ما ورد على أدلة القول الأول من مناقشات، يتبين رجحان ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول من القول بامتياز البائع بالمبيع الذي لم يقبض ثمنه ،لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض، الأمر الذي لم تسلم منه أدلة مخالفيهم، فضلا عن ذلك فالأخذ برأي الجمهور يتفق مع المبادئ التي تقررها الشريعة لحفظ حقوق الناس، بحفظ حق الدائن الذي باع سلعة ولم يقبض ثمنها حتى لا يتساوى مع من لا يمتون بصلة إلى ملكيتها، وبذلك يتحقق العدل والإنصاف بإعطاء كل ذي حق حقه، فضلا عن أنه الأكثر قبولا في تعليل بناء الحكم على سببه، وأما ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني من تأويلات وتمسكا بأحاديث لم تثبت صحتها، لم تقف في مواجهة السنة الصحيحة.

وعليه فالأولوية المقررة للبائع في استرداد المبيع الذي لم يقبض ثمنه عند إفلاس المشتري، سواء كان حيا أو ميتا، حق ممتاز في الفقه الإسلامي باعتباره مالكا مستردا لماله الموجود في حيازة المفلس و ذلك بعدم الخضوع لقسمة الغرماء. أما إذا قبض البائع بعض الثمن فقد اختلف الفقهاء في حكم امتياز البائع بالمبيع [2]

---

(1) الرجوع و أثره في العقود، ص164.

(2) اختلف الفقهاء في حكم من وجد عين ماله عند المدين المفلس حال حياته و قد قبض جزء من الثمن أو بدله حقه سواء كان حيا أو ميتا هل يثبت له حق امتياز في عين ماله أم هو أسوة الغرماء، انظر شروط اختصاص الغريم بعين ماله عند الفقهاء .الحطاب : مواهب الجليل ج 5 ص 53 ابن عبد البر : التمهيد ج 8 ص 413 ،الباجي : المنتقى ج 5 ص 92 البهوتي : كشاف القناع ج 3 ص 427 ،ابن مفلح :المبدع ج 4 ص 315 / الكافي ج 2 ص 823 ابن قدامة : المغني ج 4 ص 281 ،الشربيني :مغني المحتاج ج 2 ص 161 ،تحفة المحتاج ج 5 ص 120

وقد نظم المشرع هذا الامتياز بموجب المادة 997 مدني بالآتي: **"ما يستحق للبائع المنقول من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على الشيء المبيع، ويبقى الامتياز قائما ما دام المبيع محتفظا بذاتيه، وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن النية، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمسائل التجارية".**

الحق الممتاز هو ثمن المنقول المبيع، وملحقات هذا الثمن من مصروفات والتعويض عن التأخير في الوفاء (المادة 186 مدني) وعلى ذلك فلا بد أن يكون هناك عقد بيع صحيح لمال منقول، أو عقد مقايضة ضمانا لما يدفع من ثمن باختلاف قيمة الشيئين المتقايضين فيهما[1].

محل الامتياز : لا يتجاوز وعاء هذا الامتياز و محله المال المنقول المباع امتثالا لحديث الرسول ρ :" أيما رجل باع سلعة بعينها عند وجل قد أفلس ، ولم يقبض من ثمنها شيئا، فهو أحق ا "[2]، وهذا النوع من الامتياز لا يسترد فيه البائع الثمن بل عين ما باع ، إلا أنه امتياز على كل حال ، بل قد يكون خيرا من استرداد الثمن وذلك في حالة ارتفاع الأسعار مثلا"[3]، أما محل امتيازه في القانو المدني هو الشيء المبيع .

وإن كان الحديث قد قضى باسترداد المال ممن هو تحت يده و استخلاصه من باقي الدائنين ، فإن تقدم البائع على ثمن هذا المال عند بيعه لاقتضاء ما لم يدفع من ثمن ، لا يكون خارجا عن الهدف الذي توخاه الرسول ρ من تمكين صاحب الحق من الحصول على حقه[4].

ومن شروط مباشرة هذا الحق:

- أن يكون المبيع باقيا بعينه في ملك المفلس و ذلك لحديث أبي هريرة أن رسول الله ρ قال: "من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره" حيث اشترط النبي ρ لجواز الاسترداد أن يكون المال باقيا بعينه، وعليه فإن فات المال بسبب حسي أو موت أو بسبب شرعي كحق أو وقف سقط حق البائع في الاسترداد لتخلف هذا الشرط"[5].

---

(1) الواضح في شرح القانون المدني الجزنئري،ص 384 ، كامل مرسى: ص 473 ، عبد الباقي ، ص 602 ، زكي : التأمينات العينية و الشخصية ، ص 465 .

(2) سبق تخريجه .

(3) الامتيازات الاتفاقية على الديون ، ج 1 ص 166 .

(4) رجيب : حقوق الامتياز ، ص 326 .

(5) شرح الزرقاني، ج3، ص419 ، التمهيد ج 8 ص 413 ، مغني المحتاج ج 3 ص 122، أسنى المطالب ج 2 ص 199، كشاف القناع ج 3 ص 427 ، المبدع ج 4 ص 315 ،المغني ج 4 ص 268 ، المحلى ج 6 ص 484.

- أن لا يكون قد تعلق بالغير حق لازم ويقصد بذلك أن تكون العين محل الاسترداد خالية من تعلق حق لازم للغير وذلك كحق المر ن في العين المرهونة، وحق ا ني عليه في رقبة العبد الجاني، وعليه فإذا رهن المفلس هذه العين في دين عليه ثم أفلس، سقط حق البائع في الاسترداد، وكذلك لو باعها أو وهبها و ذا قال الشافعية والحنابلة واستدلوا بأنه في الرجوع في حالة تصرف المفلس في المبيع بالرهن وغيره إضرار بالمتصرف إليه، ولا يزال الضرر بالضرر، فضلا عن تخلف شرط وجود المبيع بعينه عند المفلس كما ورد في حديث أبي هريرة السابق"[1] وذهب المالكية إلى القول بأن البائع إذا وجد مبيعه قد رهنه المفلس بدين عليه فهو بالخيار بين أن يتركه، وبين أن يشترك في قسمة الغرماء بالثمن، وبين أن يفديه ويأخذه ويشترك في قسمة الغرماء"[2] ولعل ترجيح القول الثاني أولى لما يتضمنه من مراعاة حق البائع بترك الخيار له، ذ قد يفضل البائع افتداء مبيعه بدفع الدين الذي رهن به لضآلة هذا الدين بالنسبة للثمن أو لقسمة مبيعه، ومن ثم يشترك غي قسمة الغرماء بدين أقل من الأول.

وهي نفس الشروط التي عبر عنها القانون المدني بموجب نص المادة 997 بأن يبقى المبيع محتفظا بذاتيته ، فإن فقد ذاتيته فإن الامتياز ينقضي، كما ينقضي الشيء إذا اندمج في شيء آخر، كما إذا كان المنقول موادا للبناء واستعملت في تشييد مبنى، وكذلك الحال إذا تغيرت طبيعة المنقول بالتصنيع[3] .

ومبنى هذا الامتياز مؤسس على اعتبار أن البائع يرجع إليه الفضل في إدخال هذا المنقول إلى ذمة المشتري دون أن يقتض الثمن، فإذا لم يتقرر له هذا الامتياز على الشيء المبيع، فإن المشتري يثري على حساب البائع دون سبب، إذ العلة مربوطة بالعدل الذي تقتضي قواعد أن يستوفي من أضاف إلى ذمة المدين ما يترتب على هذا المنقول من حقوق، مفضلا على غيره من الدائنين بالتقدم عليه، إلا أن يزاحم البائع معهم وذلك في حدود ما أضافه هذا المنقول من زيادة في ذمة المشتري[4].ولا يخرج مبنى هذا الامتياز القائم على أساس قواعد العدل في القانون المدمي عن نظيره في الفقه الإسلامي لأنه أولى برعاية ما يحقق العدل باعتباره من ثوابت الشريعة ومبادئها .

---

[1] أسنى المطالب ج 2 ص 158 ، المغني ج 4 ص 287.، الكافي ج 2 ص 101 ، المتدع ، ج 4 ص 316 ، كشاف القناع ج 3 ص 427 ، الانصاف ج 5 ص 292 .

[2] التاج و الإكليل ج 6 ص 622 ،الشرح الكبير ج 3 ص 285، الفواكه الدواني ، ج 2 ص 249 ، حاشية العدوي ، ج 2 ص 470 ، حنشية الصاوي ج 3 ص 270 ، القوانين الفقهية ص 21 ، مو ب الجليل ، ج 5 ص 50 .

(3) الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، ص 1 .

[4] رجيب : حقوق الامتياز ، ص 309 ـ 310 ..

وتحديد مرتبته في الفقه الإسلامي بالمرتبة الأولى على المال المنقول الذي لم يتسلم بائعه ثمنه من المشتري باعتباره من ممتلكاته ، وتتحدد مرتبته وفقا للمادة (997) م.ج بالمرتبة السابعة بعد المصروفات القضائية وبعد المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، وبعد مصروفات حفظ المنقول، وحقوق الأجراء و حقوق الموردين وأصحاب النفقات، و بعد امتياز المصروفات الزراعية و بعد امتياز مؤجر العقار و صاحب الفندق. غير أن هذا الامتياز يسرى في حق مؤجر العقار وصاحب الفندق إذا كانا يعلمان بحق البائع.

الفرع الثاني:امتياز بائع العقار.

فرق القانون بين امتياز بائع المنقول و امتياز بائع العقار ، فأوجب امتياز بائع العقار ا بموجب نص المادة (997) م ج :**"ما يستحق بائع العقار من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على العقار المبيع. و يجب أن يقيد الامتياز ولو كان المبيع مسجلا، وتكون مرتبته من تاريخ البيع إذا وقع التقييد في ظرف شهرين من تاريخ البيع، فإذا أنقضى هذا الأجل أصبح الامتياز رهنا رسميا".**

ويقوم امتياز بائع العقار على نفس الاعتبار الذي يقوم عليه امتياز بائع المنقول، إلا أنه يجب قيد امتياز بائع العقار كما هو في الرهن الرسمي حتى يضمن حقه في اقتضاء الثمن ، فعليه أن يسجل حقه الممتاز في صفحة العقار لدى دائرة تسجيل . و ہدا التسجيل يضمن تقدمه علي سائر الدائنين العاديين و الدائنين أصحاب الحقوق الممتازة أو حقوق التاليين له في تاريخ تسجيل حقوقهم ، وعليه فمرتبة هدا الامتياز تتحدد بتاريخ تسجيله في السجل العقاري ، دون اعتبار لصفة الحق الذي يوثقه هدا التسجيل[1] .

وقد نص القانون على: أنه لا يكفي تسجيل عقد البيع حتى ينفذ هذا الامتياز، فالتسجيل لا بد منه لانتقال الملكية من البائع إلى المشتري وليس لسريان الامتياز فيجب القيد إذ أن نفاذ الامتياز في مواجهة الغير لا يكون إلا بالقيد. وهذا خلافا للفقه الإسلامي الذي لا يقيم الحواجز بين المنقول والعقار وإن كان يميز بين النوعين من حيث التصرف.

وبناء على ما سبق ، يتبن لنا أن المشرع يتفق مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي في الجملة، في تقرير حق امتياز البائع بالمبيع عند إفلاس المشتري على سائر دائني المشتري، وفي اشتراط الشروط المباشرة لاسترداد المبيع . إلا أنه قد يختلف مع الفقه الإسلامي في التميز بين المنقولات العقارات، ومستند المشرع في ذلك ما أرساه من إجراءات لنقل ملكية العقارات، وما يستوجب ذلك من تسجيل العقار و

---

(1) السنهوري : الوسيط ج 10 ص 991 ، سوار الدين : الحقوق الغينية التبعية ص 381 ،السعدي : التأمينات العينية ص 214، مرقس : حقوق الامتياز ص 349 ، رجيب :حقوق الامتياز ص 340.

إشهاره، حيث لا يتطلب الفقه الإسلامي ما يتطلبه القانون من شكليات واجراءات لنقل ملكية العقار، ومن هنا كان وعاء الامتياز شامل للعقار والمنقول.

المطلب الثاني: امتياز حق المرتهن بثمن الرهن[1]

يعتبر الرهن من أهم عقود التوثيقات كالكفالة، إلا أن يمتاز عنه بأنه يمنح المر ن امتيازا على سائر الدائنين في استيفاء دينه من العين المرهونة، فإن وفت فنعم وإلا فهو أسوة الغرماء.

الفرع الأول : نصوص الفقهاء في امتياز المرتهن

ومن أقوال الفقهاء في امتياز المر ن بثمن الرهن في المذاهب الفقهية ما يلي:

- في المذهب الحنفي:

- يقول الإمام الكاساني في حكم الرهن: "إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخر، فالمر ن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء، لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببذله هو الثمن. إذا بيع الرهن بعد وفاة الراهن وعليه ديون، ولم يخلف مالا أخر سوى الرهن، كان المر ن أحق بثمنه من بين سائر الغرماء"[2].

---

(1) الرهن يطلق في **اللغة** على الثبوت والدوام، كما يطلق أيضا على الحبس والمعنى الثاني اللازم للمعنى الأول، لان الحبس يستلزم الثبوت بالمكان وعدم مفارقته. مختار الصحاح ص.26 مادة الراء و الهاء و النون القاموس المحيط ،ج 4 ص.23 ، المصباح المنير ،ج 1 ص.26 مادة الراء مع الهاء و ما يثلثهما, الصحاح ، ج 5 ص.2128,2129 – لسان العرب ج 17 ص.48,

الرهن اطصلاحا: عند الحنفية: عرفه صاحب دار المختار بقوله: "حبس شيء مالى بحق استيفاؤه منه كالدين حقيقة أو حكما". وعرفه ابن نجيم بقوله: "حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالديون" ويكاد هؤلاء الفقهاء يتفقون في المعنى إلا أن التعريف الأول أعم. حاشية رد المحتار على الدار المختار ج.6 ص 477، ، تكملة البحر الرائق، ج 8 ص.263.

عند المالكية :عرفه ابن عرفة بالمعنى الأسمى، فقال: "الرهن هو ما قبض توثقا به في دين" فتخرج به الوديعة، و المصنوع عند صانعه، و قبض ا ني عليه عبدا جنى عليه. وعرفه الشيخ خليل بالمعنى المصدري فقال: "بذل من له البيع ما يباع أو غررا ولو اشترط في العقد وثيقة بحق، حاشية الدسوقي، ج 3 ص.231.

عند الشافعية: عرفه الشيخ زكريا الأنصاري بأنه:"جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه" بأنه:"جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه" ،أسنى المطالب، ج 2 ص.144

عند الحنابلة: عرفه ابن قدامه بأنه: "المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه".وعرفه البهوتى بأنه: "توثقة دين بعين يمكن أخذه أو بعضه منها أو من ثمنها إن تعذر الوفاء من غيرها المغني ج 2 ص.316، شرح منتهي ج 2 ص.228، 23.

(2) االكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين: بدائع الصنائع ،دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط2،ج6، ص.153، السمرقندي : تحفة الفقهاء، دار اكتب العلمية، بيروت، ط1993،2، ج3، ص 42.

يقرر الطحاوى ذلك بقوله : "تقدم الديون العينية على غيرها لأ ا تعلقت بالمال قبل صيرورته تركة وذلك كالرهن مثال للعين التي تعلق ا حق الغير وصورته إذا رهن شخص شيئا ثم مات وذلك الشيء عند المر ن ويترك الراهن غيره فإن دين المر ن مقدم على غيره"[1].

- في المذهب المالكي:

يقرر ابن رشد: " أن الراهن أحق باستيفاء دينه من الرهن في الموت والفلس جميعا"[2]، وقد صرح الآبي: بأنه يخرج من تركة الميت ما كان على غيره وجوبا وإن أتى على جميعها حق تعلق بعين معنية من التركة كالشيء المرهون في حق فيقدم على غيره"[3].

جاء في مواهب الجليل: "والمر ن أحق به - أي المرهون- من الغرماء، حتى يقبض حقه"[4].

- في المذهب الشافعي:

جاء في الأم: "وإذا بيع الرهن فالمر ن أولى بثمنه حتى يستوفي حقه فإن لم يكن فيه وفاء حقه، حاص من الرهن بما بقي من ماله"[5].

ورد في اية المحتاج: أن تعلق التركة حق في الحياة قدم كالزكاة والمرهون رهنا جعليا وإن حجر على الراهن بعده"[6].

في المذهب الحنبلي:

- ورد في المغني : "والمر ن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفي حقه حيا كان الراهن أو ميتا، فإنه يخص بثمنه عن سائر الغرماء، لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معا، وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حقه أقوى، وهذا من أكثر فوائد الرهن،و هو تقديمه بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء ، و لا نعلم في هذا خلافا و هو مذهب أبي حنيفة و أصحابه و الشافعي و غيرهم ،

---

(1) حاشية الطحاوى- على الدر المختار، ج 4 ص 365-366.

(2) ابن رشد :بداية ا تهد و اية المقتصد، ج 2 ص 286.

(3) جواهر الإكليل :ج 2 ،ص 327 .

(4) الحطاب : مواهب الجليل ج ؟؟؟. راجع: الباجي: المنتقى، ج5، ص239، حاشية الخرشي، ج5، ص358 ،حنشية الدسوقي ج3 ،ص 288 .

(5) الأم، ج 3 ص 173.

(6) اية المحتاج ، ج 6 ص 8 ـ 9.

فبياع الرهن فإن كان ثمنه وفى حقه أخذه ، و إن كان فيه فضل عن دينه ، رد الباقي على الغرماء وإن فضل من دينه شيء أخذ ثمنه و ضرب مع الغرماء ببقية دينه"[1].

ـ عند الظاهرية:

قرر ابن حزم بأن الرهن جائز في كل ما يجوز بيعه ولا يجوز فيما لا يجوز بيعه لأنه وثيقة مر ن لينتصف منه ولا يمكن الانتصاف للغريم إلا بما يجوز بيعه"[2].

يظهر من عرض أقوال الفقهاء في المذاهب المختلفة، أن المر ن له امتياز على سائر الغرماء في استيفاء دينه من ثمن المرهون، سواء كان ذلك في حياة الراهن أو بعد موته، وهو حق ثابت باتفاق الفقهاء"[3].

ومصدر هذا الامتياز هو العقد، يقول الكاساني:" إذا بيع الرهن في حال حياة الراهن وعليه ديون أخر، فالمر ن أخ قيه من سائر الغرماء ، لأن قبض الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون"[4] .

كما يثبت حق الامتياز للمر ن الذي قيض المرهون من قبل المر ن ، أما إذا لم يتم القبض فليس للمر ن امتياز في مالية المرهون .

يقول الشافعي:"و لو رهن وجل وهنا فلم يقبضه المر ن وأفلس الراهن، فالرهن مفسوخ بوجه فهو مال المفلس ، لبس أحد من غرمائه أحق به من أحدهم فيه معا أسوة[5]".

و هذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة 729 والتي تنص على ما يلي :" حكم الرهن أن يكون للمر ن حق حبس الرهن لحين فككه، وأن يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن إدا توفي الراهن .

الفرع الثاني: حكم امتياز المرتهن بثمن الرهن :

مما هو معروف أن الرهن مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والعقل، أما الدليل على مشروعية امتياز المر ن بالرهن فمن الإجماع والمعقول.

الأدلة

ـ أولا : من الإجماع:

---

(1) المغني ج 6 ص531 ، راجع : شرح الزوكشي ج 4 ، ص 160 ، المبدع ، ج 4 ، ص 313 ، شرح منتهى الارادات ، ج 2، ص 284 .

(2) المحلى ، ج 8 ص 89 مسألة : 1212

(3) المغني، ج 6، ص531 .

(4) البدائع، ج 6، ص153.

(5) الأم، ج3، ص 212 .

انعقد الإجماع على أن المر ن يقدم في استيفاء دينه من الشيء المرهون وذلك لأن حقه متعلق بالعين والذمة معا فكان أقوى وقد نقل الإجماع صاحب الشرح الكبير من فقهاء الحنابلة حيث قال: "لا نعلم في ذلك خلافا"(1).

ـ ثانيا : من المعقول :

-أن حق المر ن أقوى من غيره ،لأن دينه يتعلق بالعين تعلق استيفاء وقد حبست لوفاء دينه وقوة الدين تقتضى عقلا تقدمه على غيره من الديون إذ الدين الأقوى يقدم على غيره في الاستيفاء وغيره يتعلق بذمة المدين فقط دون العين"(2).

ـ أن مقتضى عقد الرهن اختصاص المر ن بعين الرهن فيثبت له الاختصاص ببذلها و هو الثمن ، فيكون المر ن أحق بالرهن أو ثمنه مطلقا(3).

فالمر ن له امتياز باستيفاء حقه من ثمن المرهون على سائرالدائنين العاديين ،و يرد الباقي على صاحبه – الراهن- .

وبناء على هذا، إذا كان على الراهن ديون ، بعضها مرهون و الآخر مرسل في الذمة ، فإن الدين الموثق برهن له امتياز من ثمن المرهون، فإذا كان على قدر الدين أخذه المر ن، ولا شيء للغرماء منه ، لأن حقه متعلق بعين الرهن و ذمة الراهن معا ، فهر صاحب حق عيني، وأما سائر الغرماء فيتعلق حقهم بالذمة دون العين، فكان حقه أقوى .

فإن فضل منه شيء رد الباقي على الغرماء على سبيل المحاصة ؛لأن تلك الزيادة لم يتعلق ا حق المر ن. وإن نقص ثمن الرهم عم قدر الدين أخذه المر ن، وصار أسوة الغرماء في بقية دينه؛ لأن الفاضل من الدين لم يف الرهن به، فيستوي وبقية الديون التي أرسلت في ذمة المدين(4).

و قد اعتبر القانون المدني الرهن من أهم التأمينات التأمينات العينية التي تعطى للدائن المزود ا أولوية في الاستيفاء. فالرهن بوصفه تأمينا عينيا يزود الدائن بالأولوية في تقدم الدائن على مال مدينه وتتبعه"،و قد نصت المادة 984م.ج التي عرفت الرهن الحيازي على حق الدائن المر ن في الأفضلية بقولها " وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن الشيء في أي يد تكون".

(1) المغني مع الشرح الكبير، ج 6 ص 531 .

(2) المرجع نفسه .

(3) البدائع ،ج6، ص153 .

(4) انظر :الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية ، دار الفكر العربي ، ط 1 ، 1417 هـ ، ص480.

فالرهم الحيازي يضمن للدائن المر ن التقدم في اقتضاء حقه من ثمن الشيء المرهون أو من المال الذي يحل محله ويفضل في ذلك على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة .

كما يخول الرهن الرسمي [1] للدائن المر ن حق التقدم في استيفاء حقه من ثمن العقار على غيره من الدائنيين العاديين و الدائنين المر نين التاليين في المرتبة.

وأساس تقرير هذا الامتياز تعلق حق المر ن أو دينه بعين المال المرهون وذمة الراهن معا"[2] وهو دين قوي"[3] ومصدر هذا الاختصاص هو العقد، يقول الكاساني: "إذا بيع الرهن في حال الحياة الراهن، وعليه ديون آخر فالمر ن أحق بثمنه من سائر الغرماء، لأن بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالرهن"[4] وهذا إذا تم القبض، أما إذا لم يتم القبض فليس للمر ن امتياز بل هو كغيره من الدائنين.

يقول الإمام الشافعي: "ولو رهن رجل رهنا فلم يقبضه المر ن وأفلس الراهن، فالرهن مفسوخ وكل رهن مفسوخ بوجه فهو مال المفلس، ليس أحد من غرمائه أحق به من أحدهم فيه معا أسوة"[5].

وحق المر ن في استيفاء حقه من مالية المال المرهون لا يتقدم عليه حق آخر، وهو حق ممتاز حتى على الحق المتعلق بالعين عند المزاحمة ، و هذا من أكثر فوائد الرهن، وعند الحلول وامتناع الراهن من بيع الرهن يجبر الراهن علي البيع أو الإيفاء مع أن هذا الحق الأخير له صفة الامتياز علي غيره من الحقوق.

وفي ذلك يقول الشافعي: "ولو باع رجل من رجل عبدا فرهنه ثم أفلس، كان المر ن أحق به من الغرماء يباع له منه بقدر حقه، فإذا بفي من العبد بقية كان البائع أحق ا"[6].

يقول الزركشي: "إن الكفن يقدم من رأس المال على ملكا يتعلق بالذمة من الديون غير دين المر ن الحائز لرهنه، ولو كان الكفن مرهون فالمر ن أحق به، لأنه حازه عن عوض، وإلا لم يكن للحوز فائدة: فحق الكفن له امتياز علي غيره من الحقوق ولكن الكفن إذا كان موهونا كان حق المر ن مقدما

---

(1) الرهن الرسمي يطلق على العقد الذي يترتب به للدائن حق عيني على عقار مخصص لوفاء دينه ، و يطلق أيضا على هذا الحق العيني الذي يترتب للدائن ضمانا لوفاء دينه . انظر : الوسيط ، ج 10 ص 269 .

(2) المغني، ج6، ص491.

(3) سمي بالدين القوي عند الأحناف لتعلق الدين بالعين و الدين القوي : هو بذل القرض و مال التجارة إذا قبضه الزم و لو كان مفلسا ، إذا كان مقرا بالدين أو جاحدا له ، لكن عليه بينة.و تقسيم الدين باعتبار القوة إلى دين: قوي و متوسط و ضعيف . نسبه ابن نجيم إلى الإمام أبي حنيفة . انظر : البحر الرائق ج6، ص223، حماد : معجم المصطلحات، ص133 .

(4) البدائع، ج6، ص153.

(5) الأم، ج3، ص 212.

(6) المرجع نفسه، ص 212

على الكفن. فحق المر ن هنا في العين المرهونة له امتياز علي حق البائع في تلك العين، والبائع له امتياز على بقية الدائنين لأحقه متعلق بعين ماله وحقوقهم متعلقة بالذمة.

وتتحدد مرتبة الامتيازالمقررة للرهن عند الفقهاء باعتباره من الديون العينية قبل الديون المطلقة ،أما مرتبة الرهن بالسبة للديون الأخرى فإ ا تأتى بعد الديون المتعلقة بحفظ النفس وديون الله تعالى على نحو ما ترجح لنا وبالتالي تكون مرتبة أولوية الاستيفاء المقررة للرهن هي الثالثة.

وتتحدد مرتبة الأولوية بين أنواع التأمينات المختلفة بالقيد حيث يكون الدائن الأسبق في تاريخ القيد هو الأولى في الاستيفاء، أي الدائن الذي قيد حقه الأول يكون في المرتبة الأولى، ومن يقيد بعده بكون في المرتبة التالية و هكذا .....

وإذا كان القيد هو المعيار الذي تتحدد مرتبة الامتياز بمقتضاه ،فإن أثره ينحصر بالنسبة لبعض أنواع الأولوية ومنها الأولوية الناشئة عن امتياز عام على جميع أموال المدين والأولوية الناشئة عن فكرة الرهن الضمني(1).

المطلب الثاني: حكم الامتياز في الإجارة

الفرع الأول: امتياز حق المؤجر.

المؤجر الذي يؤجر ملكه يعتمد على وفاء المستأجر بالأجرة أولا، و على ما يكون بالعين المؤجرة من متاع ثانيا ، فإن وفى المستأجر بما اتفق عليه فنعم، وإن لم يف بالأجر فهل ما يوجد بالعين المؤجرة يعتبر رهنا وقت الإيجار. وهل صاحب الملك أحق به أو له امتياز في ذلك على غيره من الدائنين ؟ أم هو أسوة الغرماء و يعتبر دائنا بما استحق من أجر ؟ فرق الفقهاء بين محل الإجارة ، وجعلوا لكل نوع أحكاما خاصة به .

ـ المسألة الأولى: امتياز حق مكترى الأرض .

صورته إذا استأجر شخص أرضا زراعية ثم أفلس وكان بالأرض زرع أو غرس فهل يثبت للمؤجر امتياز في استيفاء أجرته من ثمن المحصول أم هو أسوة الغرماء؟

تحرير محل النزاع :

---

(1) الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ص141- 145 .

لا خلاف بين الفقهاء في أن المؤجر له فسخ الإجارة إذا أفلس المستأجر قبل بدء الإجارة إذا لم يدفع الأجر، ولا دين عليه في هذه الحال.

ولا خلاف بيتهم في أن دين الكراء يكزن كالديون الأخرى إذا أفلس المستأجر بعد انتهاء مدة الإجارة ؛ لأنه دين ثيت في ذمة المدين كالديون الأخرى فتتساوى عند الاستيفاء ، فيضرب ا المؤجر مع الغرماء(1).

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول: ذهب المالكية والشافعية في الصحيح عندهم والإباضية إلى القول بامتياز حق المؤجر في ثمن المحصول لاستيفاء أجرته (2).

- قال الإمام مالك "رب الأرض أولى بالزرع من الغرماء حتى يستوفي كرائه، فات بقي شئ كان للغرماء, قلت ولم قال مالك ذلك ؟ قال لأن الزرع في أرضه وهو أولى به"(3).

وجاء في شرح الميارة: "من اكترى أرضا وزرعها ثم أفلس أو مات فان الأرض التي اكتراها أحق بزرعها من سائر الغرماء من مكتريها حتى يستوفى كرائه"(4).

وجاء في شرح النيل: "من اكترى أرضا أو زرعها ثم مات أو أفلس فان رب الأرض الذي اكتراها أحق بزرعها حتى يستوفي كرائه"(5).

- القول الثاني :

ذهب الشافعية والحنابلة والحنفية إلى أن رب الأرض يكون أسوة الغرماء"(6)

---

(1)انظر : المبسوط، ج16، ص3، البدائع، ج 4 ص 197 ، بداية ا تهد، ج2، ص290 ، حاشية الدسوقي ج 3 ص 288 ، الحاوي الكبير ج 6 ص 297 ، روضة الطالبين، ج4، ص151 ، المغني، ج6، ص541 .

(2) المدونة ج 3 ص 561، المعونة ج 2 ص 1187 ، بداية ا تهد، ج2، ص292 ، عقد الجواهر ج 2 ص 794، الذخيرة ج 8 ص 188 ،التاج و الإكليل ج5، ص54 ، مغني المحتاج ،ج2، ص158، لحاوي الكبير،ج 6 ص 296 ، اية المحتاج ،ج 4 ص 337 ، أطفيش : شرح النيل ،ج 13، ص 637.

(3) المدونة ج 3 ص 561 .

(4) الفاسي : ميارة شرح ميارة على تحفة الحكام ، ضبط :عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، 1420 هـ ، ج 2 ص 342 ، التاج و الإكليل ج 2 ص 87

(5) شرح النيل، ج 13، ص637.

(6) الأم ج 3 ص 208-209، مغني المحتاج ،ج 2 ص 158 ،الحاوي الكبير،ج 6 ص296، اية المحتاج، ج 4 ص 337، ابن قدامة : المغني ، ج 6 ص 451 ، المبسوط ج 16 ص261 ،البدائع ح 4 ص 697 .

جاء في الأم "لو تكرى رجل من رجل أرضا و اشترى من الأخر ماء ثم زرع الأرض بعد ذلك ثم أفلس كان رب الأرض ورب الماء شريكين للغرماء وليس بأحق بما يخرج من الأرض ولا بالماء. و ذلك أنه ليس له ما فيه عين مال الذي لهما من مال الغريب لا من مالهما"[1].

- وقال أيضا "وفي حال استأجر رجل أرضا وزرعها ثم أفلس فان لصاحب الأرض أن يحاصص الغرماء بقدر ما استغل المستأجر الأرض"[2].

وجاء في المغني ما نصه: "ليس علي المؤجر الإبقاء علي الزرع للمستأجر المفلس"[3].

الأدلة والمناقشة

أ- دلة القول الاول

استدل القائلون بامتياز حق المؤجر بالأجرة المستحقة في ثمن الزرع بالسنة و القياس:

أولا: قوله ρ :" من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به "[4]

وجه الاستدلال :أن دين الكراء يتعلق بالزرع الذي هو في ملك صاحب الدين، فهو كمن وجد متاعه بعينه[5].

ونوقش هذا الدليل :

بأنه " ما أدرك متاعه بعينه، ولا هو أحق به بالإجماع، فإ م وافقوا على وجوب تبقيتها ، و عدم الرجوع في عينها ؛ لأن معنى قوله "من أدرك متاعه بعينه "أي على وجه يمكنه أخذه ، لا يتعلق حقه بعينه،و ليس هذا كذلك[6].

ثانيا: من القياس.

إن الزرع نشأ عن الأرض فكانت كالحائزة له، وحوزها كحوز صاحبها فكان بم لة من باع سلعة و أفلس مشتريها قبل قبضهاو هي بيد بائعها ، فإن بائعها أحق ا لأ ا في حوزته. وكذلك يقدم صاحب الأرض في الزرع، فهو أحق به من الغرماء ليستوفى كراءه منه ، لأنه في حوزة أرضه"[1]

---

(1) الأم ج 3 ص 208-209.

(2) الأم ج 7 ص 209

(3) المغني ، ج 6 ص 451

(4) سبق تخريجه.

(5) التاج و الإكليل ج 5 ص 54 ،الحاوي الكبير ج 6 ص 396 .

(6) المغني ج 6 ص 542 .

نوقش هذا الدليل :

بأن البائع إنما كان أحق بعين ماله؛ لتعلق حقه بالعين، وإمكان رد ماله إليه بعينه ، فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة، وهذا لم يتعلق حقه بالعين، ولا أمكن ردها إليه، وإنما صارت فائدة الرجوع الضرب بالقيمة دون المسمى، وليس هذا هو المقتضي في محل النص ، و لا هو في معناه ، فإثبات الحكم به تحكم بغير دليل[2].

ب ـ أدلة القول الثاني :

واستدل أصحاب القول الثاني بالسنة و المعقول:

أولا : من السنــة:

قوله ρ: "من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به"[3].

ووجه الدلالة:

أن الأرض عندما زرعها المستأجر لم تصبح عين ماله، و الحب هو من مال المستأجر و ليس من مال صاحب الأرض ، فصاحب الأرض ما أدرك متاعه بعينه و لا هو أحق به[4]. والأمر في الحديث بالاسترجاع فلا يصح انتظار الزرع إلى أوان الحصاد.

ثانيا :من المعقول :

- أن صاحب دين الكراء إذا أفلس المستأجر بعد مضي المدة كان بمـ لة المبيع إذا استهلك المشتري بعضه و بقي بعضه ،فإن المدة ههنا كالمبيع، ومضي بعضها كتلف بعضه ، فله قيمة السلعة و يكون أسوة الغرماء ،لأنه لم يجد عين ماله ولم يوجد سبب شرعي يوجب تقديمه على غيره ، لأن الزرع ملك المفلس فيتعلق به جميع ديونه على وجه السواء[5] .

نوقش هذا الدليل :

---

(1) حاشية الدسوقي، ج 4 ص 467 ،ا الشرح الكبير ج 2 ص 388 ، الذخيرة ،ج 8 ص 188 ، شرح ميارة ج 2 ص 405 ،الغرياني :مدونة الفقه المالكي ج 3 ص 700

(2) المغني ، ج 6، ص542 .

(3) سبق تخريجه .

(4) المغني ج 6 ص542 ، الشافعي : الأم ج 3، ص 205 .

(5) المغني، ج 6، ص542، شرح الزركشي، ج 4، ص 70 .

بأن عدم أحقية المكري صاحب الأرض في الزرع بحجة أن حقه متعلق بذمة المستأجر و ليس بالعين: أن الزرع الذي يمكن استيفاء حقه منه في أرضه، و قد تعلق حقه بهذه الأرض و ما يخرج منها أقوى من تعلق غيره من الغرماء .

الترجيح

والأرجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول وهو امتياز صاحب الأرض على الغرماء في ثمن الزرع ،لأن القول بإبقاء الزرع فيه تحقيق مصلحة للمؤجر والمستأجر نفسه، ففي حال عدم تمكنه من أخذ الأجرة من المفلس فله أخذها من الزرع، وان لم يأخذ ثمن الأجرة، ولأن في إهلاك الزرع إفسادا لا يقبله الشرع .

و عليه فتقديم حق المؤجر بالأجرة المستحقة في ثمن الزرع على غيره من دائني المستأجر هو تقرير لامتياز المؤجر في ثمن المحصول، و قد أسس القائلون هذا الامتياز على فكرة الرهن الحكمي المبني على الحيازة المادية للشيء المملوك للمفلس.

وقد نظم المشرع هذا الامتياز في القانون المدني -امتياز حق مؤجر العقار-"[1] بموجب نص المادة 995 م ج في الفقرة الأولى أن الامتياز يقع:" **على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز من محصول زراعي".**

فطبقا لنص المادة 1/995 فإن الحقوق التي يضمنها امتياز مؤجرالارض الزراعية تقع على:

- المحصول الناتج من العين المؤجرة طالما كان موجود بالأرض المؤجرة ومملوكا لمستأجر.

ويقوم مبنى هذا الامتياز على فكرة العدالة، لأن اختصاص المستأجر بثمار الأرض كان نتيجة مباشرة لتمكينه من الانتفاع بالأرض، وعلى ذلك يعد المؤجر وهو المتسبب بهذا الانتفاع أولى الدائنين بالرعاية في استفاء حقوقه"[2]، ولأنه لو لم يحصل الملاك على مردود مجز نظير استغلال عقارا تهم لأحجموا عن الاستثمار في هذا الحقل الاقتصادي، ولأدى هذا إلى أن يفتقد المستأجرون إلى ما يستأجرونه، ولأصابهم من هذا مشقة وحرج ، فكان ترتيب هذا الامتياز التوسعة على الناس ودفع المشقة والتيسير على المستأجرين استناادا إلى قاعدة :" الأمر إذا ضاق اتسع"[3].

ومن الشروط اللازم توافرها في المحصولات الزراعية حتى تنبسط عليها الامتياز:

---

(1) يلاحظ أن النص لم يرد فيه لفظ حق المؤجر و قد قدر تطبيقا لدلالة الاقتضاء ب| إضافة حق المؤجر حتى يستقيم لغة. أنظر: السعدي : الراضح في شرح القانون المدني الجزائري ،ص 379

(2) سوار الدين، شرح القانون المدني 352، رجيب، حقوق الامتياز، ص 239.

(3)راجع سوار الدين: الحقوق العينية التبعية ص 403 ، زهران: التأمينات العينية و الشخصية ،ص 679 السعدي : الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ،ص 367.

1 ـ أن تكون هذه المحصولات الزراعية موجودة في الأرض الزراعية وهو شرط أوجبه نص المادة 995 م ج على :" أنه يكون لأجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لكامل مدة الايجار إن قلت عن ذلك ، و كل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار امتياز على ما يكون بالعين المؤجرة و مملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي" فيخضع للامتياز كل ما يوجد في الأرض الزراعية كمحاصيل زراعية و الأسمدة و الحيوانات المعدة للاستغلال الزراعي، ويستوى أن توجد هذه المحصولات الزراعية في الأرض بذا ا أو في المخازن التي أعدت لخز ا والمحافظة عليها . وهذا الامتياز يثقل المحصول[1].

2- أن تكون هذه المحصولات الزراعية قابلة للحجز والبيع استقلالا، وذلك وفقا للمادة السالف ذكرها حتى يتحقق الغرض من ترتيب الامتياز على هذه النحصولات؛ لأ ا لو لم تكن قابلة للحجز، أو غير قابلة للبيع استقلالا فما قيمة ترتيب الامتياز عليها .فمقتضى عدم الحجز هو عدم البيع و عدم إخراج المال من حيازة الملك ، ومقتضى حق الامتياز هو بيع المال وسداد الحقوق من ثمنه[2].

3- ألا تكون هذه المنقولات تجهيزية ، و الحكمة في هذا المنع ظاهرة ،لأن المشرع لم يشأ تعطيل النشاط الزراعي ، بسبب عدم دفع أجرة الأرض الزراعية فرجح إستثناء المستلزمات التجهيزية من أن يشملها الامتياز على حق المؤجر الممتاز ؛ لأن في إخراج الآلآت والأدوات التي توضع في المزارع من الخضوع للحق الممتاز بما يعني حجزها وبيعها يفضي إلى تعطيل النشاط الزراعي، كما تبدو حكمة المشرع في عدم جواز بيع الثمار النتصلة و لا المزروعات القائمة قبل نضجها ، لأن فصلها و بيعها قبل نضجها يقضي إلى خسارة المدين .

4- أن تكون هذه المحصولات الزراعية مملوكة للمستأجر، وهو شرط تقتضيه طبيعة الأشياء و العدالة - طبقا للمادة 995 السابقة الذكر- ويستوي أن يكون هذا المحصول هو من نتاج نشاط المستأجر ذاته - المدين- بما رتبه عقد الإيجار من حقوق ممتازة لمصلحة المؤجر ، أم كانت للمستأجر منه) المستأجر من الباطن أو الثانوي) [3].

و نخلص من هذا العرض أن القانون المدني يتفق مع مذهب المالكية في تقرير امتياز مؤجر الأرض الزراعية في استيفاء حقه من ثمن المحصول الناتج من الأرض المزروعة، و في الحكمة من ترتيب هذا الامتياز.

المسألة الثانية :امتياز دين الكراء

---

(1) سبق تخريجه .

(2)رجيب : حقوق الامتياز ، ص 274 ـ 277 .

(3)سوار الدين : الحقوق العينية التبعية ص 464 ،رجيب : حقوق الامتياز ، ص 276 ـ 277 ، السعدي : الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ،ص 367.

- صورة المسألة: إذا استأجر عقارا معين سواء كان محلا للإيجار أو دارا للسكنى، وقد استغل الدار أو المحل ولم يدفع المستأجر شيئا من الأجرة حتى أفلس، فهل المؤجر أحق و أولى بما فيه من المتاع مقابل الأجرة أم هو في ثمن الأجرة أسوة الغرماء [1].؟

ذهب المالكية إلى أن المستأجر إذا أفلس بعد قبض الدار أو السكنى، فللمؤجر المحاصة بجميع كرائه، وليس لصاحب المحل أو الدار الأحقية على أمتعة المستأجر وسلعته في محله ليستوفي منها ثمن كرائه بل هو أسوة الغرماء"[2].

و استدلوا على ذلك بما يلي :

أولا: أن المكري لم يبعه شيئا من هذه الأمتعة ، فهي ليسب عين ماله، لأن حقه متعلق بذمة المكتري[3] .

ثانيا: أن هذه الأمتعة والأثاث ليست رهنا بيده حتى يكون له حق التقدم والأولوية بثمنها على الغرماء[4]. لأن حيازة الأمتعة أقل قوة من حيازة الظهر لما في حيازة الظهر من الحمل و الثقل .يقول الغرياني :"ومن حق صاحب الظهر أن يختص و يستوفي منه أجرته بخلاف العقار، تكون له أمتعة وعليه أجرة واجبة الدفع، ليس من حق المالك أن يستوفي أجرته من الأمتعة في الفلس والموت، بل يكون أسوة الغرماء، وذلك لأن حيازة الظهر أقوى من حيازة العقار لما في حيازة الظهر من الحمل و النقل"[5].

إلا أن القانون المدني منح للمؤجر صاحب العقار والفندق حق الأولوية والتقدم في الأمتعة الموجودة في العين المؤجرة والفندق. فقد **نصت المادة 995 م.ج على أن الامتياز يقع :" على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة و مملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ..."**

طبقا لنص المادة ، فإن الحقوق الممتازة التي يضمنها المؤجر"[6]:

---

(1) بالرجوع إلى كتب الفقه، لم نقف على نصوص للفقهاء في هذه المسألة إلا ما ورد عند المالكية .

(2) منح الجليل، ج3، ص126، مواهب الجليل، ج6، ص 625، حاشية الدسوقي، ج4، ص460 جواهر الإكليل ج1، ص 94 ، المدونة ج8، ص 404 .

(3) البيان و التحصيل، ج10، ص547.

(4) المرجع نفسه، ج10، ص547.

(5) الغرياني الصادق عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي، مؤسسة الريان، د.ط، ج 3، ص700.

(6) سوار الدين : الحقوق العينية التبعية ، ص351، السنهوري : الوسيط ، ج6، ص658، رجيب : حقوق الامتياز ، ص 242 ، السعدي : الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، ص 369 .

- الأجرة المستحقة لحد أقصى لمدة سنتين، فإن كانت أكثر من سنتين، فإن الممتاز هو أجرة السنتين، وإن كانت أقل من سنتين، كان الممتاز هو كل أجرة. وخالفهم في ذلك[1]، فالأجرة التي تتمتع بالامتياز هي الأجرة المستحقة كلها، مهما كانت مد ا ما لم تسقط بالتقادم ،و هذا إلتواما بالشرع القاضي بمرور الزمن المانع من سماع الدعوى عند الإنكار .

كما يضمن امتياز بجانب ذلك كل ما يستحق للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار مهما كان قدره شأن التعويضات الناشئة عن إتلاف المستأجر للعين المؤجرة أو استعمالها في غير ما أعدت له أو إحداث تغييرات تضر بالمؤجر أو عن الإخلال بأي التزام من التزامات عقد الإيجار.

ويقع هذا الامتياز على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، و يشترط أن تكون هذه المنقولات مما يمكن الحجز عليها وبيعها بالمزاد ، كما يشترط في ثبوت امتياز المؤجر في المنقولات وجودها في العين المؤجرة، واستمرار حيازة المؤجر إياها وملكيتها للمستأجر. "[2]

كما يشمل وعاء هذا الامتياز منقولات زوجة المستأجر حبث تنص المادة 995 على أنه :"

يثبت هذا الامتياز و لو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير، ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها، وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة "

على اعتبار أن الزوجة والأولاد يجدون في العين المؤجوه مكانا يأوى إليه، وتحفظ فيه الزوجة منقولا ا، وسواء علم المؤجر بحق الزوجة على هذه المنقولات عند إذخالها في العين المؤجوة أم لم يعلم. إلا أنه بالرجوع إلى ما يقرره الفقه الإسلامي من إحقاق الحق لذويه، فإن القول بإشتمال وعاء هذا الامتياز منقولات المستأجر باعتبارها جزءا من ذمة المستأجر المالية الموجودة في العين المؤجرة لا تتعداها إلى غيرها من موجودات أو ممتلكات الزوجة أو الغير ، لأن الله Y فرض علينا في قوله تعالى :" **أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى**"[3] فلا يتجاوز الجزاء من يجازى به و لا يلزم إلا المدين ذاته بوفاء إلتزاماته ، فلا تغرم زرجة و لا الآخرون عوضا عنه .

---

(1) السنهوري .الوسيط ج 6 ص 459.

(2) الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، ص370 ـ 373 .

(3) النجم 38.

ولنا في حديث النبي ρ حين كان يسأل الحاضرين للصلاة على الميت قوله :" أعلى أخيكم دين ؟" قالوا : نعم قال:" أقضوا دين أخيكم "[1]، وهذا من باب الرأفة بالميت و التخفيف عنه ، لا على سبيل الأمر لأن الميت المدين مأسور بدينه أي محبوس وممنوع عن ذخول الجنة إلى أن يوفى عنه، و إنه يتعذب في قبره بدينه، فيقول ρ :" ما نفعكم أن أصلي على رجل روحع مر نة في قبره ، لا تصعد إلى السماء؟ فلو ضمن رجل دينه ، قمت فصليت عليه ، فإن صلاتي تنفعه"[2].

وجه الدلالة منه أن الرسول ρ لم يطلب من أصوله و لا من زوجته و فروعه أن يقوم بقضاء دينه ، لأن أيا كان من هؤلاء ليس ملزما بتحمل الترماته .

ويقوم مبنى الامتياز في المباني على فكرة الرهن الحيازي -الضمني- بافتراض أن طرفي العقد عند إنشائه، إذا كانت هناك منقولات وضعت فيه، كانا يقصدان صمنا أن المنقولات الموجودة في العين ضامنة لوفاء الأجرة"[3].كما يقوم من ناحية على ما يتسم به حق الدائن المؤجر من طبيعة متميزة بالنظر لتوريده حاجة أساسية للمدين سواء تمثلت في توفير المأوى له) إيجار العقارات المبنية) أو توفير مصدر رزق له) إيجار الأراضي الزراعية أو المحلات التجارية) يمارس نشاطه فيه.

ولعل الصواب ما ذهب إليه القانون في حفظ حق المؤجر عندما أعطاه الحق في الأمتعة الموجودة في العين المؤجرة.

وتتحدد مرتبته في القانون المدني بموجب نص المادة 995 /4 :"وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن المنقول الواقع عليها الامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر إلا ما كان م هذه الخقوق غير مافذ في حق المؤجر باعتباره حائزا حسن النية ".

يتضح من النص ، أن مرتبة هذا الامتياز تأتي في المرتبة السادسة بعد المصاريف القضائية ، و المبالغ المستحقة للخزينة العامة، ومصروفات حفظ المنقول، والامتيازات العامة ، و امتياز المبالغ المنصرفة في إنتاج المحصول ، و امتياز المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة .و امتياز المؤجر يفضل جميع الامتيازات السابقة باعتباره حائزا حسن النية ، بمعنى آخر أن امتيازات تلك الحقوق تكون غير نافذة في مواجهة المؤجر إذا كان لا يعلم "[4].

---

(1) أخرجه أبو داود في سننه، ج3، ص352.

(2) فتح الباري ج1، ص260.

(3) الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ص379، مرقس، حقوق الامتياز، ص603.

(4) الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، ص 379 ، مرفس : حقوق الامتياز، ص 603 ، السنهوري : الوسبط ، ج 10 ص 985 ..

ويتقدم حق المؤجر في الفقه الإسلامي على باقي الدائنين ، على الموجود من المنقولات المملوكة للمسأجر لا تتعداها إلى سواها ، و يضرب فيما بقي له من حقوق مع باقي الدائنين قسمة غرماء.

الفرع الثالث: امتياز حق الصانع.

صورته: إذا أفلس صاحب الشيء المصنوع بأجرة الصانع أو مات مفلسا قبل أن يؤدي الصانع أجرة ما صنعه هل للصانع حق الامتياز في ثمن الشيء المصنوع أم هو أسوة الغرماء في استيفاء حقه إذا بيع ضمن أموال المدين؟

فرق الفقهاء بين أنواع العمل الذي يكون فيه أثر في الصنعة، ونوع ليس لعمل الصانع فيها أثر في الصنعة، وإليك بيان هذه الأقسام:

ـ القسم الأول: العمل الذي فيه أثر في الصنعة:

أعطى الفقهاء للصانع في هذا النوع من العمل حق الامتياز في استيفاء الصانع حقه من ثمن الشيء المصنوع كما يخولونه حق حبس العين دون خلاف بينهم، فإذا دفع شخص إلى آخر ثوبا ليقوم بخياطته أو تقصيره، فان للصانع حق حبس العين محل الإجارة بعد الانتهاء من العمل حتى يقوم رب الشيء المصنوع بدفع الأجرة.

- يقول الإمام السرخسي في هذا الشأن: "والحاصل أن كل أجير يكون أثر عمله قائما في المعمول كالنساخ والقصار والصباغ والفتل فله حق الحبس، لأن المعقود عليه الوصف الذي أحدثه في الثوب وهو قائم، فيكون له أن يحبسه ببدله"[1].

- ويقول الإمام الزيلعي: "ومن لعمله أثر في الصنعة كالصباغ والقصار يحبسها للأجرة حتى يستوفيه، لأن المعقود عليه وصف في المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كالبيع"[2].

وجاء في المدونة"[3]: "قلت أرأيت الخياطين والقصارين والخرازين والصواغين وأهل الصناعات إذا عملوا للناس بالأجر، ألهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يقبضوا أجرهم؟"، فقال الأمام مالك: "نعم لهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يعطوا أجرهم".

ويوافقه الشافعي في ذلك ،فيقول في الأم: "وإن كان عمله زاده في الثوب درهما وإجارته خمسة كان شريكا لصاحب الثوب بالدراهم وضرب مع الغرماء في مال المفلس بأربعة دراهم"[4].

---

(1) االمبسوط ، ج15 ص.106.

(2) تبيين حقائق ج5 ص.111.

(3) المدونة الكبرى ج3 ص.414.

(4) الأم ج3 ص 208.

وقال الإمام الشربيني: "نعم لو أكرى صباغا أو قصارا لعمل في ثوب وسلمه له فليسله بيعه قبل العمل وكذا بعده إن لم يكن سلم الأجرة، لأن الحبس للعمل ثم لاستيفاء الأجرة"[1].

القسم الثاني: العمل ليس فيه أثر في الصنعة:

ومثاله استئجار الحمال لحمل شيء معين، فهذه الإجارة ليس لها أثر في العين المؤجرة، لأن مهمة الحمال مقصورة على الحمل فقط، والساقي والعامل في الزرع والملاح وغيرهم .

هل للعامل الذي لا أثر لعمله في العين حق حبسها و التقدم بثمنها على سائر الغرماء ؟

الأدلة:

اختلف جمهور الفقهاء في حكم المسألة على قولين.

- القول الأول:

ذهب الحنفية[2]والشافعية في قول والحنابلة في رأي[3] إلى أنه إذا لم يكن لعمل الصانع أثر في العين المصنوعة، فليس له امتياز بحبس العين لاستيفاء الأجرة.

- يقول الإمام الكاساني في هذا: "وإذا لم يكن لعمله أثر ظاهر في العين كالحمال والملاح والمكارى ليس له أن يحبس العين، لأن مالا أثر له في العين فالبذل إنما يقابل نفس العمل"[4].

بل ذهب الحنفية إلى أكثر من ذلك، وهو أنه إذا حبس الصانع العين محل العمل في هذه الحالة فهلكت فإن المستأجر يضمنها، لأنه حبسها بغير حق فصار غاصبا بالحبس.

ونص الكاساني على هذا فقال: "فلو حبسه فهلك قبل التسليم لاتسقط الأجرة،كما ذكرنا أنه كلما وقع في العمل وصار مسلما إلى المؤجر لحصوله في يده فتقرر عليه الأجرة فلا تحتمل السقوط بالهلاك، ويضمن لأنه حبس بغير حق فصار غاصبا للحبس، ونص محمد على الغصب فقال إن حبس الحمال المتاع في يده فهو غاصب"[5].

---

[1] مغني المحتاج ج2 ص67.

[2] تكملة البحر الرائق، ج8، ص14، البناية، ج10، ص241-242، تحفة الفقهاء، ج2، ص354.

[3] تكملة ا موع، ج13، ص338، مطالب أولى النهى، ص682.

[4] البدائع ج6 ص 2668.

[5] البدائع، ج6، ص2668.

يقول السبكي :"و لو اكترى ظهرا ليحمل له طعاما إلى بلد من البلدان فحمله وأفلس المكتري قبل دفع الأجرة ضرب المكري مع الغرماء"[1] .

- القول الثاني:

ذهب المالكية[2] والشافعية في الصحيح عندهم[3] والحنابلة[4] إلى أنه إذا لم يكن للعمل أثر في العين محل العمل كالحمال والملاح ونحوهما، له امتياز بحبس العين لاستيفاء الأجرة. و هو أحق ا في الفلس والموت.

جاء في المدونة الكبرى ما نصه: "أرأيت إن استأجرت حمالا يحمل لي طعاما أو متاعا أو عرضا من العروض إلى موضع من المواضع، بأجر معلوم على نفسه أو دوابه أو على سفينته، فحمل ذلك حتى إذا بلغ الموضع الذي اشترط عليه منعني متاعي أو طعامي حتى يقبض حقه؟

قال الإمام مالك: "ذلك له، أي أن للحمال أن يمنع عنه متاعه وطعامه ويحبسه حتى يستوفى الأجرة"[5].

الأجرة"[5].

جاء في الشرح الكبير: "والصانع أحق من الغرماء في فلس رب الشيء المصنوع ولو بموت ما بيده حتى يستوفي أجرته منه لأنه وهو تحت يده كالرهن حائزه أحق به في فلس وموت وإلا كان سلمه لربه أو لم ينجزه كالبناء أو كان في يد أمين فلا يكون أحق به بل أسوة الغرماء أن لم يضيف لصنعته شيئا كالخياط والقصار"[6].

و قد أعطى المالكية للحامل حق في حبس المتاع إن قبضه وإن لم يكن قد حمله على دابته أو على سفينته، وسواء كان رب الدابة أو السفينة أو السيارة معها أم لا وإن سلمها للمكتري، ما دام المحمول عليها ولم يقبضه المكتري[7] .

قال زكريا الأنصاري:" عليه (أي الحمال) حمل المتاع إلى المأمن لئلا يضيع (بأجرة مثل) يقدم ا على الغرماء، لأنه لصيانة الماء وإيصاله إلى الغرماء فأشبه أجرة الكيال[1] .

---

(1) البدائع، ج6، ص2668.

(2) المدونة الكبرى، ج8، ص304، البيان والتحصيل، ج10، ص547، التاج والإكليل، ج1، ص96، ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج7، ص73. بداية ا تهد، ج2، ص431.

(3) أسنى المطالب، ج4، ص487.

(4) كشاف القناع، ج4، ص37.

(5) المدونة الكبرى، ج3، ص414.

(6) الشرح الكبير ، ج ج2 ص 37..

(7) المدونة، ج8، ص190، الأبي، جواهر الإكليل، ج1، ص96.

الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول :

أولا- أن العين كانت أمانة في يده، فإذا حبسها بدين صار غاصبا، كما لو حبس المودع الوديعة بالدين"[2].

ثانيا- لأن المعقود عليه) في حمل البضائع مثلا) عمل غير قائم في العين وهو عرض زائل فلا يبصور بقاؤه كما لا يتصور حبس الأثر الذي يقوم مقامه[3].

ب ـ أدلة القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني :

أولا- أن المتاع أو البضاعة التي بأيديهم بمثابة الرهن و من حق صاحب الظهر أن يختص به وبستوفي منه أجرته[4] .

ثانيا- قياس حق الصانع على البائع، فكما أن البائع له حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذلك الصانع له حق حبس المتاع حتى يستوفي أجره[5].

- الترجيح:

ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من امتياز حق الصانع بحبس العين لاستيفاء أجرته، وذلك لأن العامل قد بذل وقته وجهده، وهذا الجهد مقوم يستحق العوض عليه، وبما أن العين تحت يده ولم يسلمها للمستأجر، فله حبسها من باب الاحتياط لضمان حصوله على أجرته.

وهدا ما أخد به القانون الجزائري ، حيث نص في المادة 388 م ج :" لكل واحد من المتعاقدين في المعاوضات المالية بوجه عام أن يحتبس المعقود عليه و هو في يده حتى يقيض البدل المستحق ".وكذا المادة 391 م ج :" من احتبس الشيء استعمالا لحقه في احتباسه ، كان أحق به من باقي الغرماء في استيفاء حقه منه ".

---

(1) أسنى المطالب، ج4، ص487.

(2) المرجع السابق، ص487.

(3) البناية ج 10 ، ص 242 .

(4) النوادر و الزيادات ج 7 ص 13 ، بداية ا تهد ج 2 ص 341 .

(5) البيان و التحصيل ج 10 ص 547 .

الفرع الرابع: امتياز حق الناقل.

عقد النقل هو نوع من إجارة الأشخاص في الفقه الإسلامي، يقع الاتفاق فيه على نقل الأشياء أو نقل الأشخاص، أو نقلهما معا بعوض معلوم أو تمليك منفعة - قل الأشياء أو الأشخاص - بعوض معلوم. وهو تصرف مشروع بالكتاب و السنة، وقد انعقد إجماع الفقهاء علي جواز إجارة الأشخاص علي الأعمال المباحة، كما اتفقوا علي جواز إجارة الدواب والدور لحاجة الناس إلي المنافع كحاجتهم إلى الأعيان، فكما جاز التعاقد علي الأعيان جاز التعاقد علي المنافع"[1].

صورة المسألة : إذا نقل الأجير البضائع إلى الموضع المتفق عليه، و أفلس رب السلعة قبل دفع الأجرة ، فهل للناقل امتياز بحبس البضائع حتى يحصل على أجرته من ثمنها أم هو أسوة الغرماء ؟ و فيما يلي عرض لنصوص الفقهاء في المسألة

أولا: عرض نصوص الفقهاء في المسألة

عند المالكية :

ذكر الخرشي في شرحه على مختصر خليل: "المكتري للدابة إذا أفلس أو مات فرب الدابة أحق بما على ظهرها في أجرة دابته في الموت والفلس ومثل الدابة السفينة وسواء كان رب الدابة معها أم لا ما لم يسلم رب الدابة المتاع لر ا"[2].

عند الشافعية:

قال الشافعي: "وإذا تكارى القوم من الجمال أيلا بأعيا ا ثم أفلس فلكل واحد منهم أن يركب إبله بأعيا ا، ولا تباع حتى يستوفوا الحمولة، وان كانت بغير أعيا ا، ودفع إلى كل إنسان بعيرا دخل بعضهم علي بعض إذا ضاقت الحمولة، كما يدخل بعضهم علي بعض في سائر ماله حتى يتساووا في

---

[1] بداية ا تهد، ج 2 ص 261.

[2] مختصر خليل، ج 5 ص 257 الشرح الكبير مع بلغة السالك، ج2 ص 378، الدسوقي ج3 ص 289، المدونة الكبرى ج 3 ص 561

الحمولة، ودخل عليهم غرماؤه الذين لا حمولة لهم، حتى يأخذوا من إبله بقدر مالهم، وأهل الحمولة بقيمة حمولتهم ..." [1].

عند الحنابلة:

من استأجر دارا أو بعيرا ثم أفلس المؤجر كان المستأجر أحق بالعين وإن استأجر حملا في الذمة أو غيره ثم أفلس المؤجر فللمستأجر أسوة الغرماء"[2].

نخلص من عرض آراء الفقهاء في المسألة قولان:

القول الأول : يكون للناقل امتياز بحبس ما يحمله من البضائع ، إذا أفلس رب السلعة قبل دفع الأجرة. وإلى هدا دهب المالكية[3]. وهو أحد قولي الشافعية[4].

القول الثاني: لبس للناقل امتياز بحبس البضائع لتحصيل الأجرة. وإلى هذا ذهب الحنفية[5]، وقول ثاني عند الشافعية[6] ومقتضى قول بعض الحنابلة في المنع من حبس المحمول لتحصيل الأجرة [7].

الأدلة :

أ ـ أدلة القول الاول

استدل أصحاب القول الأول

أولا: بأن الناقل للبضائع كالبائع الذي يحبس الشيء المبيع لتحصيل قيمته و عمله أي ملك له ، فجاز له الحبس[8] .

---

(1) الشافعي الأم ج 3 ص 212.

(2) ابن قدامى المغني ج4 ص 263.

(3) القرافي: الذخيرة، ج 5 ص 230 ، التاج و الإكليل ج 5 ص 54 ، مواهب الجليل ج 2 ص 405، عقد الجواهر الثمينة ج 2 ص 794.

(4) المهذب ج 1 ص 537 ،تكملة ا موع ج 15 ص 110 .

(5) البناية شرح الهداية، ج 9، ص 294 ، اللباب، ج 2، ص 104 .

(6) المهذب، ج1، ص537 ، تكملة ا موع، ج15، ص110 .

(7) المغني، ج8، ص113 ، الإنصاف، ج 2، ص77 ، المبدع، ج5، ص11 منتهى الإرادات ج 3 ص379

(8) القرافي : الذخيرة، ج 5 ص 230 ،التاج و الإكليل ج 5 ص 54 ، مواهب الجليل ج 2 ص 405، المهذب ج 1 ص 537.

ب- أدلة القول الثاني

استدل أصحاب القول الثاني

أولا: أن المعقود عليه في الإجارة هو نفس العمل -أي الحمل وهو غير قائم في العين - وهي البضاعة و قد تلاشى هذا العمل واضمحل فلا يتصور حبسه وليس له ولاية على الحبس"[1].

ثانيا - إن صاحب البضائع لم يرهن بضائعه عنده فلم يجز له احتباسها ،و لا أدن له في إمساكه ، فلزمه الضمان كالغاصب[2] .

التر جيح:

الذي يبدو لي رجحانه ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من امتياز الناقل بحبس ما يحمله من البضائع ، إذا أفلس رب السلعة قبل دفع الأجرة، و ذلك حتى يستطيع الناقل الاحتجاج بحقه و التقدم على الدائنين في استيفاء أجرته من ثمن هذه البضائع، طالما كانت في حيازته.

وللناقل وفقا للمادة 56 من القانون التجاري[3] " أن للوكيل بالعمولة في نقل الأشياء الامتياز على قيمة البضائع المرسلة أو المودعة أو المؤمنة لديه بفعل الارسال ..."

فللناقل امتياز على الأشياء المنقولة لاستيفاء بدل النقل، وله أيضا الحق في حبس هذه المنقولات مل دامت في حوزته .

المطلب الرابع : امتياز حق الشفيع بالشفعة

حق الامتياز في الشفعة يعني أن لبعض الشركاء أن يتقدموا على غيرهم في الشفعة، بحيث يكون لهم أن يشفعوا دون الشركاء الآخرين، ولا يثبت لباقي الشركاء الحق في الشفعة إلا إذا لم يرد من كان له الحق في الاولوية أن يشفع .

وهذا يعني أن الشركاء قد يكونون غير متساوين في استحقاق الشفعة ، بل يكون بعضهم أولى بالشفعة من بعض .

وفيما يلي نتناول هذه المسألة في فروع نبين في كل منها أولى بالشفعة عند تزاحم الشفعاء.

---

(1) البناية شرح الهداية ج 9 ص 294 المهذب ج 1 ص 537، ا المغني ج 8 ص 113 اللباب ج 2 ص1047.

(2) المهذب، ج1، ص537 ، المغني، ج 8، ص113.

(3) القانون التجاري الصادر بالأمر رقم 75 ـ 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم. والمتمم.

الفرع الأول: امتياز الشفيع في حصة شريكه

الشريك في العقار: هو من له حصة مشاعة في العين المباعة سواء كانت هذه الحصة قليلة أم كثيرة، وسواء آلت إلى مالكها بشراء أو بة أو بإرث أو بغير ذلك من أسباب التملك الشرعي، لم يخالف أحد من العلماء في ثبوت حق الشفعة لهذا الصنف من الشفعاء.

وصورة الشفعة للشريك ، أن يكون عقارا مملوكا لاثنين أو أكثر على وجه الشيوع ، فيبيع أحد الشركاء نصيبه .

فللشريك أولوية في نصيب شريكه، و هو أحق من المشتري الجديد في تملك نصيب شريكه، إذ يستطيع أن ينتزعه منه جبرا، وعلى ذلك ليس لأحد غير الشفيع الحق في منازعته في المشفوع فيه وبه قال الحنفية[1] و المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] والظاهرية[5] .

الأدلة

أ- من السنة :

استدلوا بأحاديث كثيرة منها:

أولا: حديث جابر τ: «قضى رسول الله ρ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصُرفت الطرق، فلا شفعة »[6] .

- ومنها حديث آخر لجابر τ: «الجار أحق بشفعة جاره ُينتظر به ، وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً»[7].

---

[1] الدر المختار،ج 5 ص 152، تكملة الفتح،ج 7 ص 407، تبيين الحقائق، ح 5 ص 235، اللباب، ج 2 ص 106. بائع الصنائع ، ج 5 ص 9.

[2] الشرح الصغير، ج 3 ص 630 ،الشرح الكبير،ج3 ص 473،حاشية الدسوقي ، ج 5 ص 299، المدونة الكبرى ، ج 9 ص 434.

[3] مغني المحتاج، ج 2 ص 296، كشاف القناع، ج 4 ص 196 .

[4] المغني،ج 5 ص 284 ، أسنى المطالب ،ج 4 ص 492 ، الإنصاف ، ج 6 ص 250.

[5] المحلى، ج 9، ص 101، م 1594.

[6] أخرجه البخاري في صحيحه،كتاب الشفعة،باب الشفعة فيما لا يقسم، حديث،رقم2257،ج2 ص 128.

[7] أخرجه أبو داود في سننه، كتاب، باب البيوع، باب الشفعة، حديث رقم 3518، ج3 ص 788، والترمذي في سننه، كتاب الأحكام أ باب ما جاء في شفعة الغائب، حديث رقم 1369 ، ج 3 ص641

- عن جابر τ قضى رسول الله ρ بالشفعة في كل شركة لم تقم ربعه أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ و إن شاء باع و لم يؤذنه فهو أحق به "[1]

وجه الدلالة:

دل الحديث على إثبات الشفعة للشريك في العقار الذي لم يقسم ، أما المقسوم فلا شفعة فيه .

ب- من الاجماع :

قال ابن المنذر في إجماع العلماء على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم:" أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط"[2].

وبناء علية فالشريك غيرالمتقاسم له امتياز في ضم نصيب شريكه إلى ملكه، إذا ما أراد الشريك بيع حصته، وهو امتياز على عقار معين - وهو المشاع بينهما- يتقرر لدفع الضرر

محل الامتياز العقار القابل للقسمة بغير ضرر أو بغير رد عوض ، و ما كلن غير ذلك فهو محل خلاف، في المشهور عند المالكية، وفي ظاهر مذهب الحنابلة، وفي الأصح عند الشافعية: أن يكون العقار قابلاً للقسمة، استدلالاً[3].

الفرع الثاني :امتيازالجار بالشفعة.

الجار في الشفعة هو من له عقار ملاصق للعقار المباع سواء كان ملاصقا للمبيع من جانب واحد أو من عدة جوانب.

صورة المسألة :

إذا كان العقار مملوكا لشخص، فأراد جار هذا المالك بيع عقاره ، فهل للجار امتياز في الأخذ بالشفعة في حق من حقوق الملكية ؟

اختلف الفقهاء في حكم امتياز الجار في الأخذ بالشفعةعلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الجار له امتياز بشفعة جاره، وهو مذهب الحنفية وقول عند الحنابلة[4].

---

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث رقم : 1608 ، ج 3 ص 1229 .

(2) المغني ، ج 5 ص284، الإجماع ،ص.121.

(3) بداية ا تهد،ج 2 ص 25 ، الشرح الكبير،ج 3 ص 482، الشرح الصغير،ج 3 ص 634، مغني المحتاج: ج 2 ص 296 ، المهذب، ج 1 ص 376، المغني،ج 5 ص 287، كشاف القناع،ج 4 ص 153-155.

(4) البدائع، ج5 ص 5، تكملة الفتح،ج 7 ،ص406،، تبيين الحقائق،ج5 ص 239-241، اللباب، ج 2 ص 106، الدر المختار،ج 5 ص 155.

القول الثاني : أن الجار لا امتياز له في الشفعة، وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة[1].

القول الثالث : أن الجار له امتياز بالشفعة إذا كان الطريق واحدا ، و هي رواية عن الامام أحمد ، واختارها الشيخ ابن تيمية و ابن القيم[2] .

الأدلة :

- أدلة القول الأول:

استدل الحنفية على امتياز الجارالشفيع في حق من حقوق الملكية بمايلي :

أ- من السنة

أولا: حديث الشريد بن سويد قال : قلت يارسول الله أرضي ليس لأحد فيها شرك و لا قسم الجوار، فقال: «الجار أحق بسقبه»[3] أو «بصقبه»[4]

وجه الدلالة : أنه جعل الجار أحق بالصقب و هو الملاصق ، مما يعني أن له حقا في الشفعة في من يليه ، و من قرب منه[5].

ثانيا: ما رواه سمرة عن النبي ρ قال:"جار الدار أحق بالدار"[6].

وجه الدلالة : أنه نص على استحقاق الجار لشفعة في عقار جاره بسبب الجوار وأنه أولى به من غيره بعد الشريك[7].

---

(1) بداية ا تهد،ج 2ص 253 ، الشرح الكبير،ج 3 ص 473، الشرح الصغير،ج 3 ص 631، مغني المحتاج،ج 2 ص297، المهذب،ج1، ص371 ، المغني، ج5، ص185، الحاوي، ج7، ص227، وما بعدها، ، كشاف القناع، ج 4 ص 149، القوانين الفقهية: ص 286، المحلى:ج9، ص115.

(2) الإنصاف، ج6، ص255، مجموع الفتاوى، ج 30 ص 383، إعلام الموقعين، ج3، ص393.

(3) السقب أو الصقب، بالسين و الصاد: في الأصل القرب ، ما قرب من الدار أو لاصقها و المراد به مايليه و يقرب منه. انظر : لسان العرب كتاب الباء ، فصل السين ، ج 1 ص 469 .

(4)أخرجه البخاري كتاب الحيل، باب الهبة والشفعة، حديث رقم:6570.(نصب الراية،ج4 ص 174

(5) المبسوط ، ج 14ص92 .

(6) أخرجه الترمذي في سننه، ج3، ص641، وصححه وقال عنه الترمذي: حديث حسن صحيح، من حديث الحسن عن سمرة، سمرة، كتاب الإحكام، باب: ما جاء في الشفعة، حديث رقم 1369، ج2 ص.411، أخرجه أبو داوود في سننه بلفظ جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض، كتاب البيوع والإمارات، باب الشفعة، حديث رقم 3517، ج3 ص.286، وأحمد في مسنده، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج5 ص377، البيهقي في السنن الكبرى، ج6، ص106 .

(7) البدائع ، ج 5، ص 5 .

ب- من المعقول:

قالوا أن الشارع جعل الجار القريب أحق بالشفعة من الجار البعيد كما في قوله ρ:"الجار أحق بسقبه قد جعل الجوار سببا من أسباب الشفعة، و يشهد بذلك أن الحكم فيه معلق باسم مشتق من معنى، فدل على أن ذلك المعنى هو الموجب للحكم، خصوصا اذا كان مؤثرا فيه وهذا المعنى مؤثرا فيه لأن الأخذ بالشفعة يدفع الضرر[1] .

علل الكاساني أن حق الشفعة بسبب التركة إنما تثبت لدفع الضرر الذي قد يحدث بسبب الشريك الجديد، وهو حاصل با اورة كالمشاركة، فيثبت فيه ما يثبت في المشاركة من حق الشفعة[2] .

أدلة القول الثاني : استدل أصحاب القول الثاني بما يلي:

أولا: من السنة.

- حديث جابر τ: «قضى رسول الله ρ بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصُرفت الطرق، فلا شفعة»[3] .

وجه الدلالة:

دل الحديث على نفي الشفعة عن الجار بدليل قوله ρ" فإذا وقعت الحدود، وصُرِّفت الطرق، فلا شفعة" والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة و لا أنه بعد القسمة يصبح جارا[4] .

ـ عن جابر τ قضى رسول الله ρ بالشفعة في كل شركة لم تقم ريعه[5] .أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ و إن شاء باع و لم يؤذنه فهو أحق به "[6]

وجه الدلالة: الحديث دل على ثبوت الشفعة للشريك في كل شيء مشترك كالأرض و الدار والبستان، ويدل قوله " في كل شركة"على نفي الشفعة في غيرذلك كالجوار بدليل الحصر، فإن " ال" للجنس تفيد الاستغراق . فتعين أن تكون الشفعة دون ما عداه كالجوار[1] .

---

(1) المبسوط ،ج14، ص.9.

(2) بدائع الصنائع ،ج 5، ص 5.

(3) سبق تخريجه.

(4) كفاية الطالب الرباني ، ج 3 ص 4 .

(5) ربع بالمكان يربع ربعا: اطمأن، والربع: المنزل والدار بعينها، وجمعه: أربع ورباع وربوع وأرباع. انظر: أساس البلاغة، مادة: ((ربع))، ص 152،النهاية في غريب الحديث، مادة: ((ربع)) 189/2.

(6) سبق تخريجه.

ثانيا: عن أبي هريرة τ قال: قال رسول الله ρ: "إذا قسمت الأرض وحدت، فلا شفعة فيها "[(2)]

وجه الدلالة:

أن الجوار إنما يحصل بتصريف الطرق، وحد الطرق، وقبل التصريف و حد الأرض يكون المستحق شريكا و ليس جارا .

ب ـ من المعقول :

إن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشريك بسبب الحقوق المتداخلة ، وهذه العلة غير موجودة في الجوار، إذ لا حقوق متداخلة بينهما. و في ذلك يقول الكاساني :" أما الأضرار التي تحصل بسبب الجار فيمكن دفعها بالمرافعة إلى القاضي"[(3)].

أدلة القول الثالث :

أولا: من السنة

عن جابر τ بن عبد الله قال: قال رسول الله ρ:" **الجار أحق بشفعة جاره ، ينتظر بها و إن كان غائبا إذا كان طريقهما واحد**"[(4)]

وجه الدلالة :

دل الحديث دلالة صريحة على ثبوت شفعة الجار بشرط كون الطريق واحدا. وبين ذلك ابن القيم بقوله :" فأثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق ، ونفاها به مع اختلاف الطريق بقوله " فإذا وقعت الحدود و صرفت الطرق فلا شفعة " فمفهوم حديث عبد الملك - وهو حديث جابر السابق- هو بعينه منطوق حديث أبي سلمة، فأحدهما يصدق الآخرو يوافقه ، لا يعارضه و يناقضه و جابر روى اللفظين، فالذي دل عليه جديث أبي سلمة عنه من اسقاط الشفعة عند تصريف الطرق وتمييز الحدود هو بعينه الذي دل عليه حديث عبد الملك عنه بمفهومه، فتوافقت السنن و انتفت و زال عنها ما يظن من التعارض"[(5)].

المناقشة والترجيح :

مناقشة أدلة الحنفية

---

(1) انظر :الذخيرة ، ج7، ص 318 ، الحاوي الكبير ، ج7، ص228 .

(2) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الاجارة ، باب الشفعة ، حديث رقم : 3515 ، ج3، ص276.

(3) البدائع ، ج 5 ص 6 .

(4) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الاجارة، باب: ما جاء في الشفعة، حديث رقم: 3518، ج3، ص 286، والترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما جاء في شفعة الجار، حديث رقم1369، ج3 ص 651 .

(5) إعلام الموقعين ، ج 3 ص 394 .

- أول الجمهور حديث " الجار أحق بسقيه" على أنه أحق بالبر و المعونة و الإحسان بسبب قرب داره، حتى أن العرب تسمى الشريك جارا [1].

الرد: قالوا لا نسلم بأن تحمل كلمة الجار في الحديث على هذا المعنى ، لأن الأصل في الكلام الحقيقة ، و ظاهر الأحاديث دفع مثل هذا الحمل[2] .

ـ نوقش الاستدلال بحديث سمرة بأن لفظه مطلق و المطلق يحمل على المقيد من حديث:" ....إذا كان طريقهما واحد " [3]

ـ ونوقش حديث الشريد بن الأسود، بأن في سنده مقالا. قال الخطابي :" تكلم أهل الحديث في اسناد هذا الحديث واضطراب الرواة فيه، فقال بعضهم عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع، وقال بعضهم عن أبيه عن رافع و أرسله بعضهم و قال فيه قتادة عن عمرو بن شعيب عن الشريد و الأحاديث في أن لا شفعة إلا للشريك أسانيدها جياد ، و ليس في سنن منها الاضطراب "[4]

مناقشة أدلة الجمهور :نوقش استدلالهم بالحديث من وجهين :

- الوجه الأول : تعليل النص بدفع ضرر القسمة غير سديد ، لأن القسمة ليست بضرر بل تكميل منافع الملك و هي ضرر غير واجب الدفع ، لأن القسمة مشروعة. [5]

الوجه الثاني أن قوله " إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " مدرجة من كلام جابر ، بدليل عم اخراج الإمام مسلم لتلك الزيادة في روايته للحديث.و إن كانت هذه الجملة مدرجة من كلام جابر فلا حجة لمن استدل ا علة عدم مشروعية شفعة الجار[6].

مناقشة أدلة القول الثالث:

نوقش حديث جابر من وجهين :

الوجه الأول: أن الحديث فيه مقال. قال عنه الترمذي :"حديث غريب لا نعلم أحدا رواه غير عبد الملك بن أبي سليمان ، و قد تكلم شعبة عن عبد الملك من أجل هذا الحديث و ضعفه غير واحد من أئمة الحديث "[1].

---

(1) المغني ، ج 5 ص 179

(2) نيل الأوطار ، ج 5 ص 379 .

(3) روضة الناظرين، ج 1 ص 260 .

(4) معالم السنن ، ج 3 ص 787.

(5) البدائع ، ج 5 ص 9ـ 10

(6) عمدة القارئ ، ج 12، ص 73 .

الترجيح:

بعد عرض أدلة الأقوال الثلاثة و مناقشتها ، يظهر لي ترجيح امتياز الجار بالشفعة إذا كان طريقهما واحد، ذلك أن العلة في وجوب الشفعة هي دفع الضرر، فكما يتأتى الضرر من الشريك فيزال بالقسمة ، فكذلك يتأتى من الجار فيجب دفعه.كما أن الأخذ ذا القول فيه جمع بين الأحاديث، والقاعدة أن الجمع أولى من الترجيح ، و اعمال النص أولى من إهماله .

يقول ابن القيم:"بعض الرواة اختصر أحد اللفظين، فاقتصر على ذكر قسم الأرض ، أو ذكر وضع الحدود ، وبعضهم روى الحديث بلا اختصار ، فذكرهما معا ، و لا يكون اسقاط من أسقط أحد اللفظين مبطلا لحكم اللفظ الآخر ؛ وذلك لأن تصريف الطرق داخل في وقوع الحدود ، فإن الطريق إذا كانت مشتركة لم تكن واقعة ، بل بعضها حاصل وبعضها منتف ، فوقوع الحدود من كل وجه يستلزم أو يتضمن تصريف الطرق فهذا المذهب أوسط المذاهب و أجمعها للأدلة وأقر ا إلى العدل ....، ومن تأمل أحاديث شفعة الجوار رآها صريحة في ذلك، وتبين له بطلان حملها على الشريك و على حق الجوار في الشفعة "[2]

وعلى ذلك يثبت حق امتياز الجار بالشفعة في حق من حقوق الملكية .

وقد أخذ القانون المدني الجزائري بالشفعة للشريك في المادة 795 م.ج ولم يعط الجار حق الشفعة ، سواء اشتركت المرافق أو لم تشترك. وبذلك وافق رأي جمهور الفقهاء من المالكية الذين نفوا شفعة الجار.

الفرع الثالث: امتياز الشفعاء المختلفين في سبب الشفعة.

إذا تعدد الشفعاء وكانوا مختلفين في سبب الشفعة بأن كان بعضهم شريكاً في الملك وبعضهم خليطاً في حق من حقوقه وبعضهم جاراً ملاصقاً فإنه يقدم الأقوى في سبب الشفعة على من دونه، فيكون للشريك في الملك امتياز على الخليط في حق من حقوق الملك، والخليط له امتياز على الجار الملاصق.

وهذه الصورة لا تكون إلا عند الحنفية وعلى الرواية الثانية عن الإمام أحمد في ثبوت الشفعة للجار الملاصق إذا كان شريكاً في أحد حقوق الملك .

وقد رتب الحنفية استحقاق الشفعة عند تعدد الشفعاء واختلافهم في سبب الشفعة على النحو التالي:

1- الشريك في الملك .

2- الخليط في حق من حقوق الملك وهو الشرب الخاص والطريق الخاص والمسيل الخاص .

---

(1) انظر : معالم السنن، ج 3، ص 788 ، نيل الأوطار، ج5، ص377.

(2) ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين ،ت : طه عبد الرؤف مسعد ، دلر الجبل ، بيروت ،ج 2 ص151 .

3- الجار الملاصق.

جاء في بدائع الصنائع (أسباب الشفعة إذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب فيقدم الأقوى فالأقوى، فيقدم الشريك على الخليط، والخليط على الجار"[1].

ويستدل الحنفية على هذا الترتيب بالأدلة التالية :

- الدليل الأول: قوله ρ: "الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من غيره"[2].

ووجه الاستدلال من الحديث: أن النبي ρ بين ترتيب الشفعاء عند تزاحمهم في طلب الشفعة واختلافهم في سببها، فقدم الشريك - وهو الشريك في الملك المشاع- على الخليط - وهو الشريك في أحد مرافق الملك كالشراب والطريق والمسيل-، ثم قدم الخليط على الجار الملاصق الذي لا يشترك مع جاره في أحد مرافق الملك"[3].

- الدليل الثاني: أن المؤثر في ثبوت حق الشفعة واستحقاقها هو ضرر الدخيل وأذاه، وسبب حصول الضرر والأذى هو الاتصال وهو في شركة الملك أقوى منه في شركة حقوق الملك؛ إذ أنّ الأول ثابت في كل جزء منه بخلاف الثاني الذي يثبت في أحد مرافقه، والاتصال في شركة الحقوق أقوى من الجار الملاصق الذي لا يشترك في شيء من هذه الحقوق، والترجيح بقوة السبب ترجيح صحيح"[4].

وبناءً على الرواية الثانية عن الإمام أحمد في ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق إذا كان شريكاً لجاره في حق من حقوق الملك فإنه يجتمع على هذه الرواية سببان للشفعة هما: - الشركة في الملك، الجار الملاصق إذا كان شريكاً في حق من حقوق الملك.

فإذا اجتمع هذان السببان ،فالشفعة تكون أولاً للشريك في الملك، فإن عفا أو لم يوجد فإ ا تكون للجار الملاصق الشريك في حق من حقوق الملك"[5].قال ابن القيم :" وصورة ذلك: إذا كان الشفعاء

---

[1] بدائع الصنائع ، ج5، ص8 ، وجاء في المادة 1006 من مجلة الأحكام العدلية، ج9، 678 (حق الشفعة أولاً للمشارك في نفس المبيع ، ثانياً للخليط في حق المبيع، ثالثاً : للجار الملاصق ، ومادام الأول طالباً فليس للآخرين حق الشفعة ، ومادام الثاني طالباً فبيس للثالث حق الشفعة) ، انظر : الهداية شرح البناية، ج 10، ص321، تبيين الحقائق، ج5، 239 ، المبسوط، ج14، ص142.

[2] قال الزيلعي : غريب ، و و هو من كلام شريح ،قال شريح : الخليط أحق من الجار ، و الجار أحق من غيرهً ، و قال إبراهيم النخعي:" الشريك أحق بالشفعة ، فإن لم يكن شريك ، فالجار ،و الجار أحق من الشفيع و الشفيع أحق ممن سواه " . انظر نصب الراية، ج5، ص423

[3] بدائع الصنائع، ج5، ص8 ، الهداية شرح البناية، ج10، ص336 .

[4] بدائع الصنائع 5ج، ص8، الهداية، شرح البناية، ج10، ص339، تبيين الحقائق، ج5، ص240، المبسوط،ج 14، ص96.

[5] الإنصاف ،ج15، ص373 ،مجموع الفتاوي،ج 30ص383 ، إعلام الموقعين، ج3، ص393.

مشتركين في العقار على المشاع فيما بينهم ، ولكن بعضهم قد ورث نصيبه من مورثة ، وبعضهم اشتراه ، وبعضهم وُهب له ، وغير ذلك من مصادر الملكية ، فهل إذا باع أحدهم نصيبه تكون الشفعة لجميع شركائه أم يقدم من يشاركه في سبب التملك على على من لا يشاركه فيه ؛ فإن عفا انتقل حق الشفعة إلى بقية الشركاء ممن لم يشاركه في سبب التملك".

الفرع الرابع:امتياز الشفيع بالمبيع.

إذا باع الشريك نصيبه في حال تجري فيها الشفعة، فإن لشريكه فيه على الشيوع حق امتياز في تملك الشقص المبيع بالثمن، الذي بذله المشتري، بسبب الشركة في العقار؛ لأجل دفع الضرر عن الشريك الأول، الذي دفع الضرر عنه أولى بالاعتبار من مصلحة المالك الجديد ،هذا في حالة ما إذا علم الشفيع بالشفعة [1].

أما إذا كان المبيع شقصا مشفوعا، ولم يعلم الشفيع بالبيع حتى أفلس المشتري، ثم حضر البائع والشفيع، وتنازعا في أخذ الشقص، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

- القول الأول: إن الشفيع له امتياز على البائع، وهو وجه عند الشافعية هو الصحيح عندهم"[2]، ووجه عند الحنابلة على الصحيح من المذهب عندهم"[3].

- القول الثاني: إنه يدفع الشخص إلى الشفيع، وهو أحد الوجوه عند الشافعية"[4] والحنابلة"[5].

- القول الثالث: إنه يدفع الشقص إلى الشفع، ويؤخذ منه ثمنه، ويدفع إلى البائع، وهو مقتضى قول المالكية"[6] ووجه عند الشافعية"[7].

---

[1] الدرالمختار: ج5، ص152، تكملة الفتح: ج7، ص406، تبيين الحقائق: ج5، ص239، اللباب: ج2، ص106، بدائع الصنائع، ج5،ص9، الشرح الصغير:ج3، ص630، الشرح الكبير:ج3، ص473،خاشية الدسوقي ، ج 5، ص299 ،المدونة الكبرى، ج9، ص434 مغني المحتاج: ج2، ص296، كشاف القناع: ج4، ص196، المغني: ج5، ص284.أسنى المطالب، ج4، ص492 ، الإنصاف، ج6، ص250، المحلى: ج9، ص101، م: 1594.

[2] الحاوي الكبير، ج6، ص272؛ المهذب، ج1، ج436؛ روضة الطالبين، ج4، ص156؛ تحفة المحتاج ج5، ص149 ،مغني المحتاج، ج2، ص160؛ اية المحتاج،ج4، ص341.

[3] الكافي، ج 3، ص240؛ المغني، ح 6، ص564، الإنصاف،ج5، ص290.

[4] الحاوي الكبير،ج6، ص272؛ المهذب،ج 1، ص427؛ روضة الطالبين،ج 4، ص156.

[5] الكافي،ج 3، ص240، المغني، ج 6، ص564، الإنصاف ج5، ص2910؛ المبدع، ح4، ص316.

[6] التاج والإكليل،ج5، ص52، حاشية العدوي علي الخرشي، ج5، ص283 ، منح الجليل، ح 6، ص67.

[7]الحاوي الكبير، ج 6، ص272، المهذب ج 1، ص427، روضة الطالبين،ج 4، ص156.

- القول الرابع: إن الشفيع إن كان طالب بالشافعة فله حق امتياز بذلك، وإن كان لم يطالب ا فالامتياز يكون للبائع، وهو وجه عند الحنابلة"[1].

الأدلة والمناقشة:

أدلة القول الأول:

1- إن حق الشفيع أسبق من حق البائع، فإنه يثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالحجر، وما كان أسبق فهو أولى"[2].

2- إن حق الشفيع أكد من حق البائع؛ لأنه يستحق انتزاع الشقص من المشتري، وممن نقله إليه بالبيع، فإنه لو باعه المشتري كان الشفيع أولى بأخذه، وحق البائع إنما يتعلق بالعين ما دامت في يد المشتري، فكان الشفيع أولى بأخذه"[3].

3- إن البائع إنما يستحق الرجوع في عين لم يتعلق ا حق الغير"[4]، وهذه قد تعلق ا حق الشفيع.

أدلة القول الثاني:

1- قوله ρ: ((من أدرك ماله بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به))[5]، فإنه يدل بعمومه على أن البائع له امتياز به"[6].

2- إن البائع إذا استرد المبيع، زال الضرر عن الشفيع؛ لأنه عاد كما كان قبل البيع، ولم تتجدد شركة غيره"[7].

- ونوقش هذا الدليل:

- إن الضرر لا يزول عن الشفيع برده إلى البائع، بدليل ما لو باعه المشتري لبائعه، أو وهبه إياه، أو قاله، لم يسقط حق الشفيع"[8].

---

[1] المغني،ج6،ص564،الشرح الكبير،ج13،ص273، الإنصاف،ج5، ص291، المبدع،ج4، ص316.

[2] الحاوي الكبير،ج 6/ص272، المهذب، ج 1/ص427، مغني المحتاج، ج2، ص160، اية المحتاج ج4، ص341، الكافي، ج3، ص240، المغني،ج 6، ص564 ، اية المحتاج،ج 4، ص341.

[3] الحاوي الكبير، ج6، ص272، المغني، ج 6، ص564؛ الشرح الكبير،ج 13، ص273.

[4] الكافي،ج 3، ص240، المغني، ج6، ص564.

[5] تقدم تخريجه.

[6] الكافي، ج3، ص240 ، المغني، ج6، ص564، المبدع، ج4، ص316.

[7] المهذب، ج1، 427، الكافي، ج3، 240، المغني، ج6، ص564.

[8] المغني، ج6، 564.

استدلوا له بأنه: إذا أخذ الشفيع الشقص، وخص بثمنه البائع، كان في ذلك الجمع بين الحقين، فإن غرض الشفيع في عين الشقص المشفوع، وغرض البائع في ثمنه، وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز إسقاط أحدهما"[1].

وقد ناقش ابن قدامة –رحمه الله- هذا الدليل فقال: ((وليس هذا جيدا؛ لأن حق البائع إنما ثبت في العين، فإذا صار الأمر إلى وجوب الثمن، تعلق بذمته، فساوى الغرماء فيه))" [2].

ولأن البائع ينبغي أن يكون مثل سائر الغرماء، لفوات عين المبيع، وأما ما دفعه الشفيع من الثمن، فهو في حكم ما لو اشتراه شخص آخر فدفع الثمن، كان جميع الغرماء فيه أسوة، فكذلك ما دفع الشفيع من الثمن يجب أن يكون جميع الغرماء فيه أسوة"[3].

دليل القول الرابع:

استدلوا له: بأن الشفيع إذا طالب بشفعه فهو أحق؛ لأن حقه حينئذ قد تأكد بالمطالبة، وإن كان لم يطالب فالبائع أولى؛ لعدم مزاحمته"[4].

ونوقش هذا الدليل:

بأن حق الشفيع ثبت بعقد البيع، ولا يسقط هذا الحق إلا بترك الشفعة بعد العلم ا، وهو حين علم ا، طالب بالشفعة فنازعه البائع، فكان الشفيع أولى؛ لسبق حقه.

الترجيح:

الذي يظهر رجحانه مذهب القائلين: أن الشفيع له حق امتياز بالمبيع عند الإفلاس من البائع؛ وذلك للأسباب الآتية:

1- قوة أدلته، حيث قد سلمت من المناقشة؛ الأمر الذي لم تسلم من أدلة الأقوال الأخرى ، مما يجعلها لا تقوى على معارضة أدلة القول الأول.

2- إن مما يؤيد أن الشفيع له حق امتياز على البائع، ما رواه جابرτ قال: ((قضى رسول الله ρ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة"، أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به"[5].

---

[1] الحاوي الكبير، ج6، ص27، المهذب، ج1، ص427، المغني، ج6، ص564، الشرح الكبير ج13، ص273-274.

[2] المغني، 6ج، ص564.

[3] الحاوي الكبير، ج6، ص272.

[4] انظر: المغني، ج6، 567، الشرح الكبير، ج13، ص273، شرح الزركشي، ج4، ص88، المبدع ج4، 316.

[5] سبق تخريجه.

فإن البائع قد خالف السنة حين باع ولم يعلم شريكه، وفي قوله ρ: ((فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به))، دلالة ظاهرة على أن الشفيع له امتياز بالمبيع.

المطلب الخامس : امتياز حق المغصوب منه[1].

من المتفق عليه لدى عامة أهل العلم – رحمهم الله- أن من وجد متاعه أو أعيانه المالية لم يتم التصرف فيها مطلقا فهو أحق ا من غيره، ولو تصرف فيها بعد العلم بمالكها الأصلي تحقيقا لم ينجز هذا التصرف، وعد باطلا وصاحبها أحق ا.

كما أن من وجد متاعه أو عينه المالية لدى من أخذها بسبيل مشروع بدون معاوضة كالهبة المطلقة مثلا فإن صاحب المتاع والمال أحق به بدون أن يلزمه شيء[2]. لكن إذا آلت العين المغصوبة من غاصبها إلى يد محقة عادلة ملكتها بطريق مشروع قائم على المعاوضة كالشراء مثلا .هل لصاحبها الأصلي حق امتياز ؟

الفرع الأول: التعريف بالغصب لغة واصطلاحا.

الغصب لغة هو أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب، يقال غصب الشيء غصبا فهو غاصب والشيء مغصوب، أي أخذه قهرا وظلما وجهار[3].

وشرعا يختلف تعريف الغصب باختلاف المذاهب الفقهية:

1- فعند الحنفية[4]، الغصب هو أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده

وأضاف بعض الحنفية قيدين في هذا التعريف، أولهما: "أو يقصر يده" لئلا يخرج على التعريف شرعا ما أخذه الغاصب من يد المالك كالمستأجر والمر ن وغيرهما، فالغاصب في هذه الصور وإن لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب، إلا أنه قصر يده عنه.

---

(1) استفدت في الإحالة على مراجع المبحث من بحث حسن بن عبد الله بن محمد العتيري، أثر العجز برد المغصوب، بحث منشور في مجلة العدل، العدد2 ربيع الأول، 1425هـ.

(2) وذلك في قول جمهور أهل العلم خلافا لأبي حنيفة –رحمه الله- حيث يرى أن هذه الصورة تأخذ الحكم نفسه الوارد على بقية المسألة بأنه يستحق ذلك بالقيمة ولا يخرج المتاع ممن هو بيده بدون شيء من التعويض له حتى ولو آل إليه في الأصل بدون شيء. انظر: بدائع الصنائع، ج7، ص127-129، شرح فتح القدير ج 6، ص507، المغني، ج13، ص118-119.

(3) لسان العرب، مادة غصب، ج1، ص 648 ، مختار الصحاح ، ص 474 .

(4) انظر : تبين الحقائق ، ج5، ص222 ، رد المحتار ، ج6، ص 188 .

وثانيهمـا: قيد " على سبيل ا اهرة" لإخراج السرقة التي تكون على سبيل الخفية وبالتالي يكون التعريف هو " أخذ مال متقوم محترم على سبيل ا اهرة بغير إذن المالك على وجه يزيل يده إن كان في يده، أو يقصرها إن لم يكن في يده" .

2- وعرف المالكية [1]. الغصب بأنه أخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة

3- وعرف الشافعية والحنابلة [2] الغصب بأنه الاستيلاء على حق الغير (من مال أو اختصاص) عدوانا، أي على وجه التعدي أو القهر بغير حق.

ويتضح من تعريفات الفقهاء لمعنى الغصب شرعا ، اتفاقهم على أنه أخذ مال الغير قهرا بغير إذن مالكه على أي طريقة كلنت ظلما وعدوانا .

الفرع الثاني : حكم امتياز المغصوب منه بالعين المغصوبة .

إذا آلت العين المغصوبة من غاصبها إلى يد محقة عادلة ملكتها بطريق مشروع قائم على المعاوضة كالشراء مثلا .هل لصاحبها الأصلي حق امتياز ؟

اختلف الفقهاء في المسألة على ثلاثة أقوال:

- القول الأول: إن مالك العين له امتياز بالعين المغصوبة منه على من هي بيده مطلقا ، وهو قول الشافعية[3]

- القول الثاني: إن مالك العين الأصلي له امتياز ا مع دفع الثمن لمن هي بيده، وهو قول أبي حنيفة [4] ومالك"[5] والثوري والأوزاعي ورواية أحمد والمذهب عند الحنابلة"[6].

القول الثالث: إن مالك العين الأصلي ليس له امتياز من هي بيده مطلقا. وهو قول عمر وعلي رضي الله عنهما وسلمان بن ربيعة وعطاء والنخعي والليث، ورواية عن أحمد [1].

---

(1) الشرح الكبير ، ج 3، ص 442 . .

(2) مغني المحتاج ، ج1، ص 275 ، الروض المربع ، ج 6، ص 350-351.

(3) المهذب، ج 2، ص 311، المحلى، ج7، ص 300 .

(4) انظر: بدائع الصنائع، ج7، 128، شرح فتح القدير، ج6، ص507، شرح فبح القدير، ج6، ص507 . اللباب في شرح الكتاب، ج4، ص128.

(5) الكافي : ج 2، ص 48 ، شرح الزرقاني، ج 3، ص 137 -138 .

(6) المغني، ج13، ص118، الإنصاف، ج4، ص147 مطالب أولى النهي، ج2، ص549، كشاف القناع، ج3، ص78 .

ثالثـا: الأدلـة:

استدل القائلون بأن صاحب العين يستحقها مطلقا بما يلي:

- قوله تعالى: " أيها الذين آمَنُوا لا تأْكُلُوا أَموالَكُم بينكُم بِالْباطلِ "[2].

- وقول النبي ρ: ((إنّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام))"[3].

- وقوله ρ: ((ليس لعرق ظالم حق))" [4].

وجه الدلالة :

هذه النصوص بمجموعها تنهى عن أخذ مال المسلم بغير حق، والعين المسروقة والمغصوبة من صاحبها مأخوذة منه بغير حق، وما أخذ بغير حق لزم إعادته لصاحبه لتبرأ من عهدته، كما أن تضمين صاحب العين ثمنها وقيمتها لمن هي بيده أخذ لماله بغير حق"[5].

- واستدلوا: أيضا بأن ملك صاحب العين باق لم يزل فوجب أن يكون له امتياز على من هي بيده بغير شيء، ويرجع من أخذت منه العين بحقه على من باعه، ولا يصح أن يجمع على صاحب العين ومالكها معاوضة تضمن للغير بغير جناية منه، كما لا يضمن أن يحال بينه وبين عينه المملوكة بإلزامه بدفع القيمة"[6].

- واستدل القائلون بعدم امتياز صاحب العين على من بيده مطلقا بما يلي:

- حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ρ قال: ((**من أدرك ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو أحق به وإن أدركه بعد أن يقسم فليس له فيه شيء**" [7].

- ما روي عن عمر τ كتب إلى السائب: ((أيما رجل من المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به من غيره، وإن أصابه في أيدي التجار بعدما اقتسم فلا سبيل إليه"[8] .

---

[1] المغني، ج13، ص118، الشرح الكبير، ج5، ص550، المحلى، ج7، ص300، المهذب، ج2، ص331.

[2] النساء : 29.

[3] أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الحرث و المزارعة برقم (1679)، ج3، ص1405.

[4] أخرجه البخاري في صحيحه باب من أحيا رضا مواتا من كتاب الحرث، ج3، ص140، ومالك فى موطئه كتاب الأقضية، ج2، ص743، وأحمد في المسند، ج5، ص327.

[5] المغني، ج13، ص118، المحلى، ج7، ص304.

[6] المغني، ج13، ص118، المحلى، ج7، ص304.

[7] رواه الطبراني في الأوسط، ج8، 216 برقم 8444، وقال: لم يرو هذا الحديث عن الزهري إلا ياسين، تفرد به سويد بن عبد العزيز ا.هـ والهيثمي في مجمع الزوائد. ، ج 2، ص 6 .

[8] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج9، ص112 .

- وقال سلمان بن ربيعة[1] "إذا قسم فلا حق له فيه"[2].

وجه الدلالة : أن العين قد آلت إلى يد عادلة بعد القسمة كيد المشتري للعين المغصوبة أو المسروقة سواء فليس لصاحبها امتياز على من هي بيده مطلقا[3].

واستدل القائلون بأن صاحب العين له امتياز بالعين المغصوبة مع دفع الثمن لمن هي بيده، بما يلي:

- حديث ابن عباس -رضي الله عنهما- عن النبي ρ قال: ((... **فيما حرز العدو فاستنقذه المسلمون منهم أو أخذه صاحبه قبل أن يقسّم فهو أحق به، فإن وجده وقد قسم، فإن شاء أخذه بالثمن**"[4].

وجه الدلالة :

أن العين يستحقها صاحبها بالثمن كما هي حال الواجد لماله في الحديث آنف الذكر بعد لقسمه .

واستدلوا بأنه امتنع أخذه للعين بغير شيء كيلا يفضي إلى حرمان المشتري وتضييع لثمن عليه، فحقه ينجبر ويحفظ بالثمن، فيرجع صاحب المال في عين ماله بم لة مشتري لشقص المشفوع"[5].

المناقشة والترجيح :

- استدلال لقائلين بأن مالك العين له امتياز بالعين المغصوبة إذا وجدها على من هي بيده مطلقا بالنصوص الدالة على منع آكل أموال الناس بالباطل وحرمتها بالظلم يجاب عنه من وجهين:

- الأول: أ ا نصوص عامة، وفي المسألة مدار البحث نصوص خاصة، فهي مقدمة في حكم عين المسألة.

- الثاني: أن النصوص تمنع من أكل الناس بغير سبيل مشروع ظلما وباطلا، وفي لمسألة محل البحث آلت العين إلى من هي بيده بسبيل مشروع فليست يده يد اعتداء وظلم ولذا لا تتناوله دلالة النصوص.

واستدلالهم بأن أخذ الثمن من صاحب العين ومالكها الأصلي أخذ لماله بغير حق، يجاب عنه: بأن أخذ الثمن فيه حفظ لحق المشتري الذي آلت إليه العين وعدم تضييع العين والثمن عليه معا ولم

---

[1] سلمان بم ربيعة بن يزيد بن عمروالباهلي ، أبو عبد الله ، يقال أنه له صحبة ، روى عن النبي ρ و عن عمر و عنه سويدة عقلة و أبو وائل و غيرهم ، و هو أول قاض استقضى بالكوفة . انظر ترجمته : الإصابة ج 3 ص 112.

[2] المرجع السابق، انظر المغني، ج13، ص118-119.

[3] الشرح الكبير، ج 10 ص 199.

[4] أخرجه الدار قطني في سننه، ج4، ص114-115 كتاب السير، والبيهقي في السنن الكبرى، ج9، ص111، كتاب السير.

[5] بدائع الصنائع، ج7، ص128، المغني، ج13، ص118، الشرح الكبير، ج3، ص550.

يحصل منه اعتداء في استحقاقها بيده، كما أن مالك العين حين يدفع ثمنها لمن هي بيده لا يذهب ذلك المدفوع هدرا عليه بل له حق الرجوع على الغاصب أو السارق بما دفعه وتضمينه إياه لكونه وقع بسببه.

قال ابن قدامة -رحمه الله- في رد قول القائلين باستحقاق العين لمالكها مطلقا: "ولأنه إجماع قال أحمد: إنما قال الناس فيها قولين، إذا قسم فلا شيء له، وقال قوم: إذا قسم فهو له بالثمن، فأما ن يكون له بعد القسمة بغير ذلك، فلم يقله أحد، ومتى ما انقسم أهل العصر على قولين في حكم، لم يجز إحداث قول ثالث لأنه يخالف الإجماع فلم يجز المصير إليه"[1].

وأما استدل القائلين بعدم امتياز صاحب العين المغصوبة على من هي بيده مطلقا بعد قسمتها ومثله المشتري للمسروق، والمغصوب بما ورد من آثار تنصص على ذلك كما سبق في الأدلة فيجاب عنه بجوابين:

الأول: أن الحديث المرفوع عن ابن عمر –رضي الله عنهما- رواه الطبراني في الأوسط وقال عقبة: لم يرو هذا الحديث عن الزهري إلا ياسين تفرد به سويد بن عبد العزيز".ا.هـ[2]، وقال الهيثمي بعد إيراده لهذا الحديث: فيه ياسين الزيات وهو ضعيف"[3] و عند الدارقطني بسنده إلى ابن شهاب من طريق إسحاق بن عبد الله، ولكنه قال عقبه: إسحاق هو ابن فروة متروك"[4].

- وأما استدلال القائلين باستحقاق العين لصاحبها بالقيمة حديث ابن عباس –رضي الله عنهما- مرفوعا وفيه:

" وإن وجد قد قسم فإن شاء أخذ بالثمن"ا.هـ في سنده الحسن بن عمارة وهو متروك"[5].

قال الحافظ ابن حجر –رحمه الله-: "واحتجوا بحديث عن ابن عباس مرفوعا ذا التفصيل أي قبل القسمة وبعدها- أخرجه الدار قطني وإسناده ضعيف جدا" ا. هـ[6].

---

(1) المغني، ج 13، ص119.

(2) رواه الطبراني في الأوسط، ج8، ص216 برقم 8444، مجمع الزوائد، ج 2 ص 6 .

(3) مجمع الزوائد، ج 2 ص 6 .

(4) سنن الدار قطني، ج4، ص113.

(5) نصب الراية للزيلعي 434/3.

(6) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج6، ص211.

يتلخص مما تقدم: أن الأحاديث المرفوعة في عين المسألة لمن أدرك ماله بعد القسمة أنه لا يستحقه مطلقا بالثمن لا تخلو من مقال وضعف من جهة الإسناد، ولذا وجب المصير إلى الترجيح بين الأقوال في المسألة لما تعضده المعاني ، وبتأمل الأقوال في المسألة تأسيسا على هذا التقرير يظهر رجحان القول الثالث بأن مالك العين الأصليله امتياز على العين المغصوبة منه على من هي بيده بالثمن والقيمة يضمنها لمشتريها وله الرجوع بذلك على سارقه وغاصبه و ذلك للأسباب التالية :

1- أن هذا القول حصل العمل به في عهد النبي ρ، وخلفائه –رضي الله عنهم- ومن بعدهم- وإن كانت الرواية الواردة في العمل بذلك في عهد النبوة فيها من ليس بالقوي سند ، إلا أ ا تدعم الأثر الوارد ويؤيد ذلك عمل الخلفاء –رضي الله عنهم ومن بعدهم- قال ابن حزم –رحمه الله-: "روينا من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن عطاء أخبرني عكرمة بن خالد، قال: أخبرني أسيد بن ظهير الأنصاري وكان والي اليمامة لمعاوية "أن النبي ρ قضى في السرقة إن كان الذي ابتاعها من الذي سرقها غير متهم يخير سيدها إن شاء أخذ الذي سرق منه بثمنه وإن شاء اتبع سارقه" ثم قضى بذلك بعده أبو بكر وعمر وعثمان وقضى به أسيد بن ظهير وقد قضى به أيضا عميرة بن يثري قاضي البصرة لعمر وبه يقول إسحاق بن راهوية"ا. هـ [1]

وجريان العمل بامتياز مالك العين لها على من هي بيده بالثمن وقضاء الخلفاء -رضوان الله عليهم ومن بعدهم- بذلك بعد عهد النبوة يفيد برجحان ذلك.

3-إن الأخذ ذا القول مراعاة للعدل في حق ملك العين بعدم حرمانه من عين ماله، ومنعه منه، كما أن فيه رعاية للعدل في حق المشتري الذي آلت إليه العين بسبيل مشروع ولم تكن يده يد اعتداء بل يد حق وعدل بضمان حقه بالثمن الذي دفعه العين لبائعها وإيجاب ذلك له على آخذ العين التي بيده ولدافع الضمان الرجوع به على من اعتدى عليه بالسرقة أو الغصب أو نحوهما.

المبحث الثاني: امتياز نفقات حفظ الأعيان

قد يستتبع وجود اللقطة والوديعة والعين افي يد الغير الإنفاق عليها، فينشأ بسبب دلك حقوق بسبب الحفظ، والالتزام دون اتفاق بين طرفي العقد. فهل يستوجب للمودع لدبه و الملتقط امتياز بحبس الوديعة و اللقطة حتى يحصل على أجرة الإنفاق ؟

المطلب الأول: امتياز المودع لديه.

---

[1] المحلى، ج8، ص303.

الفرع الأول: تعريف الوديعة لغة و اصطلاحا

أولا: تعريف الوديعة في اللغة ماخوذة من ودعت الشيء ، إذا تركته وخليته، قال ابن فارس:"الواو والدال والعين: أصل واحد يدل على الترك و الخلية، ودعه تركه ،كأنك لما أودعته الوديعة ، تركتها عنده ".[1]

فالوديعة : ما يترك عند الأمين ليحفظه، تقول أودعته مالا و استودعته إياه ؛ دفعته إليه ليكون عنده وديعة، و أودعته : قبلت وديعته ، فهو من الأضداد .[2]

ثانيا: الوديعة في الاصطلاح

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفها تبعا لإختلافهم في بعض الشروط

فمنهم من عرفها بأ ا :"تسليط الغير على حفظ ماله صريحا أو دلالة .[3]

وفي نغتصر خليل :" الإيداع : توكيل بحفظ مال ".[4]

وعرفها بعضهم بأ ا :"المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض".[5]

الوديعة عند الفقهاء تطلق على أحد الأمرين : العين التي تحفظ ، و العقد المقتضي للحفظ ، فالأول تعبير عن المعنى الاسمي و الثاني تعبير عن المعنى المصدري يقول نزيه حماد :" يطلق الفقهاء الوديعة شرعا على العين المستحقة، و على الإبداع بمعنى العقد المقتضي للحفظ ، و هي حقيقة فيهما ".[6]

الفرع الثاني : حكم امتياز المودع لديه

تعتبر الوديعة أمانة في يد المودع لدبه يلزم بردها عند طلبها من المودع .

ومن المعلوم أن النفقة على الوديعة تقع على عاتق صاحبها بحسب الأصل، ويرى الفقهاء أن النفقة على الوديعة من المودع لديه دون إذن من صاحبها أو من القضاء يعتبر من قبيل التبرع و أما إدا كانت النفقة بإذن من المودع أو القاضي حق للمودع لديه الرجزع بتلك النفقة على صاحب الوديعة.[7] وذلك ما

---

(1) معجم مقاييس اللغة ، ج6 ص 96 .

(2) انظر : لسان العرب ، ج 8 ص 386 ، المصباح المنير ، ج 2 ص 812 .

(3) انظر : فتح القدير ، ج 8 ص 484 ، حاشية ابن عابدين ، ج 8 ص 526 .

(4) انظر: منح الجليل ، ج 7 ص 3 .

(5) انظر : منتهى لإرادات ، ج 4 ص 233 ، كشاف القناع ، ج 4 ص 166.

(6) امعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ،ص 58 .

(7) تكملة حاشية ابن عابدين ج 8 ص 371، النبسوط د 13 ص162 ، مغن المحتاج ج 3 ص 85 المدونة الكبرى ج 15ص175 .

عبر عنه الأمام السرخسي بقوله:" إذا كانت الوديعة إبلا أو بقرا أو غنما وصاحبها غائبا فإن أنفق عليها المستودع بغير إذن القاضي فهو متطوع لأنه متبرع بالأنفاق على ملك غيره".[1]
أما إذا كانت النفقة بإذن من المودع أو القاضي حق للمودع لديه الرجوع بتلك النفقة على صاحب الوديعة[2].

و مع أن الفقهاء نصوا على ضرورة رد الوديعة عند طلبها من المودع، حسب أ ا أمانة في يد المودع لديه و ذلك يستوجب وجوب ردها عند طلبها، إلا أ م لم يصرحوا بأن للمودع لديه الحق في حبس الوديعة حتى يستوفى ما يستحقه من النفقة عليها و بسببها.[3]
ولقد رأى بعض الباحثين في هذا الصدد أنه ليس ثمة ما يمنع من جواز حبس المودع لديه للوديعة في تلك الحالة نظرا لأن وجوب ردها دون وفاء المودع لما أنفق عليها قد يستتبع ضياع المودع لديه، و ذلك فضلا عن أن حبس الوديعة في تلك الحالة ثابت بالقياس على ما قرره الفقهاء للبائع والمشترى من الحق في حبس المبيع أو الثمن وذلك بجامع أن الثمن في البيع والنفقة علي الوديعة يتمثل كل منهما في حق واجب لشخص على آخر، و لا مبرر للفرق بينهما من حيث الضمانات التي تدفع إلى الوفاء منهما[4].
.

الترجيح :
الذي يبدو لي رجحانه امتياز المودع لديه بحبس الوديعة لاستيفاء أجرة الانفاق عليها .

---

(1) انظر في ذلك البدائع ج 7ص3261 حيث يقول بصدد حديثه عن شروط الحق في الحبس"والثاني أن يكون الثمن حالا فإن كان مؤجلا لا يثبت حق الحبس لأن ولاية الحبس تثبت حقا للبائع لطلبة المساواة عادة ، و لما باع بثمن مؤجل فقد أسقط حق نفسه فبطلت الولاية" .

و انظر كذلك: مغني المحتاج ج 2 ص.72 حيث يقول بصدد حديثه عن الحبس في عقد البيع"و للبائع حبس مبيعه حتى يقبض ثمنه كله الحال أصالة .... أما الثمن المؤجل فليس للبائع حبس المبيع و إن حل قبل التسليم" .

(2) المبسوط ج 13 ص126. .

(3) انظر في ذلك: تكملة حاشية ابن عابدين ج 8 ص.371 .مغني المحتاج ج 3 ص.85، حاشية الشرقاوي على التحرير ج 2 ص.111/110 .المدونة الكبرى ج 15ص.157 .

(4) عبد السميع ، عبد الوهاب : الحق في الخبس في الفقه الإسلامي و القانون المدني ، دار النهضة ، القاهرة ، 1994 ، د,ط ، ص 71 ـ 73

ذلك أن المودع لديه يقع على عاتقه شرعا واجب الحفظ و الرعاية للشيء المودع لديه(1) وقد يستلزم ذلك الحفظ و تلك الرعاية،النفقة على الوديعة من جانب المودع لديه، ولاشك أن تلك النفقة هي لصالح المودع حيث أ ا تمثل إحياء لحقه وحفظا له وذلك هو ما يستوجب القول بان القواعد العامة في الشريعة الغراء تأبى تعريض حق المودع لديه للضياع بحسب أنه لا ضرر و لا ضرار.

المطلب الثاني: امتياز اللقطة

تعريف اللقطة لغة واصطلاحا

الأصل اللغوي الثابت لجذر (ل ق ط): هو أخذُ الشيء من الأرض، يقال: لَقَطَهُ يلْقُطُه لَقْطًا: أخذه من الأرض، فهو ملْقُوطٌ ولَقيطٌ(2)، واللقْطة بتسكين القاف: اسم الشيء الذي تجده ملقًى فتأخذه(3)

والالْتقاط: أن يعثُر على الشيء من غيرِ قَصد وطَلب(4)

شرعا:

أما اللقطة في الإصلاح -وقد ردوها إلى المعنى اللغوي- فقال فيها ابن أحمد الأنصاري الشافعي: "ما وُجِد من حق ضائعٍ مُحترمٍ، لاَ يعرفُ الواجِدُ مُستحقهُ.(5)

وعرفها محمد الخرشي المالكي: "اللقَطَةُ: مالٌ معصُوم عرض للضياع.(6)

ونقل عن السادة الحنفية أن اللقطة هي: "رفْعُ شيءٍ ضائعٍ للحفْظ علَى غَيرٍ، لا للتمليك(7).

وزاد ابن حجر العسقلاني التعريف -على عادته- وضوحا، فقال:" اللقَطَةُ: الشيء الذي يُلْتقَطُ"، وأضاف: "وهُو أن كُل من يراها يميلُ لأخذها(1).

---

(1) المبسوط ج 13 ص126.

(2) تاج العروس من جواهر القاموس"، مادة لقط

(3) لسان العرب، مادة لقط، 7/ 392.

(4) النهاية في غريب الحديث والأثر"، ج 4، ص 534.

(5) شرح البهجة الوردية"، 12/ 439.

(6) شرح مختصر خليل"، 107/21.

(7) رد المحتار" 16/ 401.

فعماد التعريف في اللقطة: كل ضائعٍ، له قيمةٌ في ذاته أو عند صاحبه، يألفه شخص واجد له لا يعرف مالكه، سواء كان هذا الضائع ضالةً من البهائم، أم لقيطًا من الآدمي، أم معصوما من الأموال، فُوجِد في موضعٍ مملوك أو غير مملوك، بسقوط أو غفلة ونحوها، لغير حربِي، وإن كانت لهذا الأخير، فهي غنيمة تُخمسُ، وليس لُقَطَةً.

وما خرج من هذا العماد، فهو واضح.

فخرج بغير مملوك: ما وُجِد في أرض مملوكة؛ فإنه لمالك الأرض إن ادعاه، فإن لم يدعه فحينئذ يكون لقطة.

أما قولنا: بسقوط أو غفلة ونحوها، ما إذا أَلْقَت الريح ثوبا في حجر أحدهم، أو ألقى في حجره هارب كيسا ولم يعرفه، فهو مال ضائع، يحفَظُهُ ولا يتملكُهُ.

الفرع الثاني: حكم امتياز اللقطة

نجد الفقهاء يعللون لاستحقاق الملتقط استرداد ما أنفقه على اللقطة بأن حق الملتقط قد وجد بمناسبة هذا المال الملتقط فكان له تعلق به.

جاء في فتح القدير:"و إذا حضر المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة، فصار كأنه استفاد الملك منه فأشبه المبيع، وأقرب من ذلك رد الأبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل"[2].

- **القول الأول:** يرى أنه لا امتياز للملتقط في حبس اللقطة عن مالكها ولو أنفق عليها الملتقط من ماله الخاص، وذلك ما ذهب إليه الشافعي"[3] وبعض الحنابلة"[4] ويرون أن النفقة على اللقطة لا تخرج عن أحد فرضين.

الفرض الأول أن ينفق الملتقط على الشيء الملتقط دون إذن من الحاكم وأنه لا حق للأول في الحبس، حيث يكون متبرعا بتلك النفقة.

- الفرض الثاني: أن ينفق الملتقط على الشيء الملتقط بمقتضى إذن من الحاكم، فيكون هذا الأخير ضامنا للوفاء بتلك النفقة، بحسب ماله من قدرة على إجبار مالك اللقطة علي الوفاء بما أنفق عليها،

([1]) فتح الباري"، 318/7

[2] فتح القدير ج 4 ص.430

[3] الأم ج 3 ص.290 المغني المحتاج ج2 ص56

[4] المغني اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال.

ومتى كان الحاكم ضامنا لذلك فانه ليس هناك ما يقتضى منح الملتقط الحق في حبس اللقطة، بحسب أن هذه الوسيلة المقررة لضمان الحصول على حق الحابس.و متى كان حقه مضمونا بضمان الحاكم له فلا محل للقول بثبوت الحق في حبس الشيء الملقط.

يقول الشافعي: "ومن أخذ ضالة فأنفق عليها فهو متطوع بالنفقة لا يرجع على صاحبها بشيء وان أراد أن يرجع على صاحبها بشيء فليذهب إلى الحاكم حتى يفرض لها نفقة و يوكل غيره بأن يقبض لها تلك النفقة و ينفق عليها"[1].

وجاء في المغني:"و يتخير بين ثلاثة أشياء، أكلها في الحال .الثاني أن يمسكها عن صاحبها و ينفق عليها من ماله ولا يتملكها وإن أحب أن ينفق عليها محتسبا بالنفقة على مالكها و أشهد على ذلك، فهل له أن يرجع بشيء، نص عليه في رواية المرداوى في طيرة أفرخت عند قوم، فقضى أن الفراخ لصاحب الطيرة و يرجع بالعلف إذا لم يكن متطوعا وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالة فأنفق عليها وجاء ر ا بأن يغرم ما أنفقه على اللقطة لحفظها، و الرواية الثانية : لا يرجع بشيء وهو قول الشافعي لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع كما لو بنى دار"[2].

- **القول الثاني:**

يرى أن الملتقط له امتياز بحبس اللقطة لحمل مالكها على الوفاء بما أنفقه على اللقطة، وذلك ما ذهب إليه الحنفية"[3] والمالكية"[4] وقول ثاني للحنابلة"[5] والإباضية"[6].

جاء في فتح القدير وإذا حضر المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة فصار كأنه استفاد الملك منه فأشبه البيع، وأقرب من ذلك راد الأبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا من التشبيه بالمبيع"[7].

---

(1) الأم " ج 3 ص 290 ، مغني المحتاج ج 2 ص 56 .

(2) المغني و الشرح الكبير ج 6 ص 346 ـ 365 .

(3) فتح القدير ج4 ص 430 المبسوط ج19 ص 20 الهداية ج3 ص 140 البدائع ج6 ص 37 الفتاوى الهنديةج3 ص 56

(4) الخرشي علي مختصر خليل ج7 ص 128

(5) المغني ج6 ص 364

(6) انظر شرح النيل و شفاء العليل ج 9 ص.595.

(7) فتح القدير، ج 4، ص430.

ويقرر الخرشي في مختصره:" أن الملتقط إذا أنفق اللقطة من عنده ثم جاء صاحبها ،فإنه بالخيار أن يفتك اللقطة فيدفع للملتقط نفقته وبين أن يترك اللقطة لمن التقطها في نفقته التي أنفقها عليها وواضح من تعبير الشيخ الخرشى أن مالك اللقطة ملزم بدفع ما أنفق عليها قبل أن يفتكها أي أ ا تكون محبوسة عند التقط إلى حين الوفاء بما أنفق عليها و ذلك فضلا عن أن الخرشى يقول في نفس المرجع"[1] والموضع أن الملتقط يقدم بنفقته على الغرماء كالرهن حتى يستوفى النفقة إذ أن ذلك التقديم لا يكون إلا السبب الرهن أو الحبس، و واضح أنه لا وجود للرهن فلم يبق إلا الحبس.

الأدلة:

استند أصحاب القول الثاني إلى الأدلة التالية:

- أولا: القياس على المبيع، فكما أنه يحق للبائع حبس المبيع لاستيفاء ثمنه فإنه يحق للملتقط حبس اللقطة لاستيفاء ما أنفق عليها.

- ثانيا: أن الشيء الملتقط قد يكون عرضة للهلاك أو التلف، فإذا أنفق عليه الملتقط من ماله فإنه يكون بذلك قد أحياه من الضياع مما يستتبع حق الملتقط في حبس اللقطة لاستيفاء ما أنفق عليه.

وهذا ما يجعل قول القائلين بامتياز الملتقط بحبس اللقطة لاستيفاء أجرة الانفاق أولى بالترجيح لعدة أمور"[2].

- الأمر الأول: أن الملتقط ملتزم بالحفظ والصيانة للشيء الملتقط وقد يستلزم ذلك النفقة عليه ومن ثم فإنه لا يمكن اعتبار النفقة قبيل التبرع. إذ كيف يكون متبرعا وهو ملتزم بالحفظ الذي تعتبر النفقة طريقا إليه.

الأمر الثاني: أن النفقة على اللقطة هو لصالح مالكها بحسب أن حفظها من الهلاك إنما يعود عليه بالمنفعة و من ثم فإنه يجب عليها و إلا حق للملتقط حبسها لحمل المال على الوفاء بذلك الإلتزم ذه اللقطة.

وقد نظم القانون المدني هذا الامتياز بموجب المدة 992 كالآتي :" **المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول و فيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله . وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصاريف القضائية و المبالغ المستحقة للخزينة العامة متاشرة ، أما فيما بينها فيقدم بعضه على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها "**

والمقصود بهذا الامتياز ضمان الوفاء بقيمة المبالغ التي أنفقها الدائن في حفظ المنقول وصيانته، إذ لولا هذه المصروفات لهلك المنقول أو تلف أو زال من ذمة المدين ، أو بالأقل نقصت قيمته.

---

[1] الخرشى، ج7، ص128.

[2] راجع: الحق في الحبس في الفقه الإسلامي و القانون المدني ، ص 71- 73 .

وعليه، فمحل هذا الامتياز: المنقول أو المنقولات التي أنفقت المصروفات لحفظه أو ترميمها، ويقع على المنقول كله وليس على ما يترتب من نتيجة المصروفات من زيادة في قيمته. ولا يشترط أن يكون المنقول الذي تم حفظه أو ترميمه في حيازة الدائن ، لأن هذا الامتياز ليس قائما على فكرة الرهن الضمني ، بل على مجرد حفظ المنقول في ذمن الندين ، فهو أقرب شبها إلى امتياو البائع منه إلى امتباز المؤجر.

و يشترط في بقاء هذا الامتياز ، أن يظل المنقول محتفظا بذاتيته ، قياسا على امتياز بائع المنقول المنصوص عليع في المادة 997 م.ج ، لأن الامتيز في الحالتين واحد . فإذا فقد المنقول ذاتيته بأن أدمج في عقار آخر أو أصبح شيئا آخر ، فإن الامتياز ينقضي ، أما إذا أصبح عقارا بالتخصيص بأن ألحقه المالك بخدمة عقار له، فإن الامتياز يبقى. [1]

ويبرز الفقه القانوني ترتيب هذا الامتياز على اعتبار أنه لو لا قيام الدائن بإجراء الإصلاح والترميم، لما أصبح صالحا لما أعد له أو لهلك كله أو جزء منه أو لنقصت قيمته، أو لولا حفظه من قبل من أسبغ عليه الحماية لفقد أو ضاع، فكان من الطبيعي أن يتقدم على باقي الدائنين في اقتضاء حقه من ثمن المنقول الذي حفظه أو أصلحه أو حماه من الهلاك الكلي أو الجزئي، وإن مقتضيات العدالة تستوجب منحه هذا الامتياز[2].

مرتبته الامتياز: تتحدد مرتبته بالمرتبة الأولى ، فلا يقوم امتياز آخر عليه و لا يعادله. وتستوفى هذه المصروفات قبل أي حق آخر، و لو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي أو حيازي أو اختصاص .و في حالة التزاحم بين عدة دائنين بمصروفات قضائية فإن من أنفق مصروفات الحفظ و البيع يفضل من أنفق مصروفات توزيع الثمن، ومصروفات الحفظ و البيع متساوية فيما بينها ، فإذا لم يكف الثمن لاستيفائها ، قسم الثمن بين الدائنين قسمة غرماء كل بحسب ما أنفق من مصروفات [3].

المطلب الثالث: الامتياز في أموال المحجور عليه

---

(1) الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، ص 356 .

(2) زكي التأمينات الشخصية و العينية ص 405 .

(3) مرقس : حقوق الامتياز ،ص 536 ، عبد الباقي : الوسيط في التأمينات، ص 561 . الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ،ص 353 . .

يترتب على إجراءات الحجر وتصفية أموال المدين المحجور عليه وتوزيعها بين الغرماء نفقات مالية لا بد من أدائها لان ذلك من مصالح التركة. ومن النفقات التي اعتبرها الفقهاء ديونا ممتازة يقدم أصحا ا على غيرهم في الوفاء:

- أولا: مصروفات الاستمرار في الأعمال المفلس و تجارته

قرر الفقهاء الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] أن بتوقيع الحجر على المدين المفلس ترفع يده عن إدارة أمواله، حتى لا يضر بحقوق الغرماء و يتولى ذلك القاضي أو من يعينه لهذا الغرض، نيابة عن المدين المفلس، ومن تم تقتضى هذه النيابة القيام بالأعمال اللازمة للمحافظة على أموال المفلس وصيانتها، حتى يتم الوصول ا إلى مرحلة التصفية النهائية. وعليه من قام بعمل في هذا الخصوص يعتبر دائنا للتفليسية بأجرة وتشمل: وهي تشمل الفئة التي تعمل لما فيه مصلحة مال المفلس، والذي يحتاج إلى إصلاح وخدمة في مدة الحجر على المدين وبيع ماله كالحمال والحافظ وساقي الزرع والقائم علي رعاية مال المفلس.

ثانيا : المصروفات القضائية الخاصة بتصفية أموال المدين

اعتبر الفقهاء ما ينفق في سبيل تصفية أموال المفلس كأجرة الكيال و الوزان و الحمال و غيرهم كنمين التفليسية ، و حميع المصروفات القضائية الخاصة لهذه التصفية تعتبر من مصادر ديون دائني التفليسية . وتشمل فئة العاملين على ما فيه مصلحة لمال المفلس أثناء بيع ماله كالمنادي إلى قسمة ماله، والحمال والكيال وغيرهم، كالأمين الذي يعينه الحاكم.

- ومن نصوص الفقهاء الدالة على ذلك:

ما جاء في الوسيط "إلا ما هو من مصلحة الحجر كأجرة الكيال والحم التقدم علب سائر حقوق الغرماء[5].

وجاء في شرح منتهى الاردات "وقدم في الرعاية .....(أجرة مناد ونحوه) ككيال ووزان وحمال وحافظ ... لأنه طريق وفاء دينه متعلق بالمال فكان منه"[6].

---

(1) المبسوط، ج5، ص6، البدائع ، ج5، ص243، تبيين الحقائق، ج5، ص266.

(2) الذخيرة،ج10، ص171، الشرح الكبير، ج3، ص213.

(3) أسنى المطالب، ج2، ص155، تحفة المحتاج، ج5، ص135، مغني المحتاج، ج2، ص153.

(4) كشاف القناع، ج3، ص435، شرح منتهى الإرادات، ج2، ص284، مطالب أولى النهى، ج3، ص391.

(5) الوسيط ج4 ص 10

(6) البهوتي شرح منتهي الايردات ج2 ص 167 / كشاف القناع ج3 ص 435

وفي شرح البهجة "فالتقديم بالجميع من مصالح الحجر كأجرة الكيال ونحوها"[1].

وذكر الشربيني في مغني المحتاج: "وان استحق شيئا باعه الحاكم أو أمينه والثمن المقبوض ... قدم المشتري بالثمن أي كمثله غلي باقي الغرماء لئلا يرغب الناس في شراء مال المفلس، فكان من مصالح الحجر كأجرة الكيال ونحوها من المؤن، وفي قول يحاص الغرماء به كسائر الديون لأنه دين في ذمة المفلس و دفع لما مر ..." [2].

وجاء في الشرح الكبير: "يقدم علي الغرماء فيما بقي من الزرع (ساقيه) أي الأجير الذي استؤجر علي سقيه بأجرة معلومة في الذمة إذ لو لاه ما انتفع بالزرع ثم يلي ساقيه فيما فضل عنه (مر نه) الحائز له، ثم إن فضل شيء فللغرماء"[3].

وكما هو واضح من نصوص الفقهاء، فإن جميع ما ينفق في سبيل الاستمرار في أعمال المفلس لحساب الغرماء كأجرة الكيال والحمال والمنادي وغيرهم من المصروفات القضائية الخاصة بتصفية أموال المفلس وقسمتها بين الغرماء من مصادر الديون يكون لها حق امتياز تخول أربا ا حق التقدم على جماعة الدائنين في إستيفاء حقوقهم بوصفهم دائنوا التفليسية. في تحصيل أجورهم قبل الغرماء، لأن ذلك طريق إلى وفاء دينه[4] ، ولأ ا لمصلحة الحجر[5] ، كما أ ا من مصالح الغرماء[6] .

ـ ولأن العمل في ماله كدفع أجرة الولي على مال اليتيم من ماله[7]، وإنما أدخلت الديون التي بسبب مؤنة مال المفلس مع كو ا جاءت بعد الحجر لأن مصلحة الحجرعلى خدمة ماله و الحفاظ عليه ،إذ لولا هؤلاء العاملين لضاع المال و هلك حكم السبب في إيفاء باقي الغرماء حقوقهم. [8].

وقد عالج القانون المدني هذا الامتياز بالنص عليه بالمادة (990 م .ج) التي جرت بالاتي: "

المصاريف التي أنفقت لمصلحة الدائنين في حفظ أموال المدين و بيعها ، صرفت لها امتياز على ثمن هذه الأموال . و تستوفى هذه المصاريف قبل أي حق آخر و لو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسني بما في ذلم حقوق الدائنين الذين أنفقت المصاريف في مصلحتهم ، و تتقدم المصاريف التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع ".

---

(1) شرح البهجة ج 3 ص 108

(2) الشربيني مغني المحتاج ج 2 ص 153

(3) الدردير الشرح الكبير ج3 ص 288 البهوتي كشاف القناع ج3 ص435

(4) مطالب أولى النهى، ج3، ص391.

(5) أسنى المطالب، ج2، ص185.

(6) الذخيرة، ج10، ص181.

(7) الحاوي الكبير، ج6، ص316.

(8) أسنى المطالب، ج2، ص185.

والمقصود بهذا الامتياز أن تكون المصروفات قد أنفقت في إجراءات يتطلبها القانون لحفظ أموال المدين و بيعها ، و في توزيع الثمن الناتج عنها على الدائنين ، و يدخل فيها مصروفات وضع الأختام على أموال المدين و جردها ، و الحجز التحفظي و التنفيذي ، و مصروفات البيع بالمزاد العلني رو مصروفات إدارة الأموال الخاضعة للحراسة ، و مصروفات إدارة أموال المفلس في حالة الافلاس [1].

محل الامتياز : يقع امتياز المصروفات القضائية على الثمن من أجل حفظها أو بيعها أو تقسيم ثمنها ، فالامتياز يقع على ثمن هذه الأموال و ليس على الاموال نفسها . و يترتب على ذلك أن هذا الامتياز يقع على منقول إذ لا يقع إلا على ثمن الأموال بعد بيعها حتى و لو كان المال المباع عقارا [2].

ويبرز الفقه القانوني ترتيب هذا الامتياز على اعتبار أنه لو لا قيام الدائن بإجراء الإصلاح والترميم، لما أصبح صالحا لما أعد له أو لهلك كله أو جزء منه أو لنقصت قيمته، أو لولا حفظه من قبل من أسبغ عليه الحماية لفقد أو ضاع، فكان من الطبيعي أن يتقدم على باقي الدائنين في اقتضاء حقه من ثمن المنقول الذي حفظه أو أصلحه أو حماه من الهلاك الكلي أو الجزئي، وإن مقتضيات العدالة تستوجب منحه هذا الامتياز[3].

تتحدد مرتبته بالمرتبة الاولى ، فلا يقوم امتياز آخر عليه و لا يعادله . و تستوفى هذه المصروفات قبل أي حق آخر ، و لو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي أو حيازي أو اختصاص .و في حالة التزاحم بين عدة دائنين بمصروفات قضائية أ فإن من أنفق مصروفات الحفظ و البيع يفضل من أنفق مصروفات توزيع الثمن ، و مصروفات الحفظ و البيع متساوية فيما بينها ، فإذا لم يكف الثمن لاستيفائها ، قسم الثمن بين الدائنين قسمة غرماء كل بحسب ما أنفق من مصروفات . [4].

وفي كل هذا يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي باعتبار المصروفات الخاصة بالاستمرار بتصفية أموال المفلس وصيانتها.والوصول إلى مرحلة التصفية النهائية ديونا ممتازة، يتقدم أربابها في استيفائها من أموال التفليسية عن باقي الغرماء بوصفهم دائنين للتفليسية.

---

[1] الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، ص351 .

[2] الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، ص 352 ، السنهوري ، ج 10 ص 947 .

[3] زكي التأمينات الشخصية و العينية ص 405 .

[4] مرقس : حقوق الامتياز، ص 536 ، عبد الباقي: الوسيط في التأمينات، ص561. الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ص 353 .

المال المباح هو المال غير محظور[1]، الذي خلقه الله تعالى للناس في هذه الأرض وأذن لهم بتملكه والانتفاع به على الوجه المعتاد، ولا مالك له مع إمكان حيازته وملكه، فيحق لأي إنسان أن يتملكه بالاستيلاء[2] عليه لقوله ρ فيما أخرجه أبو داود عن أسمر بن مضرس قال أتيت النبي ρ فبايعته فقال:" من سبق إلى ما لم تسبق إليه مسلم فهو له . قال فخرج الناس يتعادون يختاطون[3] .

وللمال المباح عدة صور، فمنه الحيوانات سواء بري أو بحري أو طير ، ومنه النبات كالحشائش والأعشاب والحطب أو الجماد كالأرض الموات والركاز والماء . غير أن ملكية المتاح وإن ثبتت بالاستيلاء عليه فإ ا لا تستقر إلا إذا كان الاستيلاء عليه حقيقيا بوضع اليد فعلا على الشيء المباح بحيث يكون في متناول يده، ولكل نوع من المال المتاح طريق للاستيلاء عليه وحيازته، ويتنوع الاستيلاء عليها بتنوع الأموال، فمنها ما كون الاستيلاء عليه بالصيد، ومنها ما يكون بوضع اليد عليه كالاحتطاب، ومنها ما يكون بالإحياء أو إلى ما لم يسبق إليه مسلم ، ومنها ما يكون بالاقطاع من ولي الأمر من الأراضي و غيرها . هذا الطريق يتفق مع طبيعة المال المباح نفسه[4]

([1]) المباح خلاف المحظور و أباح الشيء أطلقه، و أبحته الشيء أحللته لك . انظر : لسان العرب ، مادة أباح، ج 5 ص 384

([2]) قال ابن نجيم :" و الخالي عن الملك هو المباح و المثبت للملك في المال المباح الاستيلاء لا غير " انظر لبن نجيم : الأشباه و النظائر ص 346

([3]) رواه أبو داود في سننه ، كتاب الخراج و الإمارة و الفيء ، باقطاع الأرضين ، حديث رقم :3071 ، و البيهقي في سننه ، كتاب احياء الموات، باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد و لا في حق أحد فهي له ، ج 6 ص 142 ، قال الحافظ في التلخيص الحبير :" قال البغوي لا أعلم دا الاسناد غير هدا الحديث ، وصححه الضياء في المختارة" و حسن إسناده في الإصابة "ج 3 ص 63 .

([4]) سلامه مذكور : نظرية الاباحة عند الأصوليين و الفقهاء ، دار النهضة العربية،ط2، 1984، ص113 114 .

وليس للمباح له التصرف في هذا الشيء المباح تصرف المالك بالبيع أو الهبة أو الإعارة لغيره [1]. و بناء على ما سبق، فالإباحة لا تجعل هذا الشيء المباح مملوكا بل إ ا دون التمليك، أو هذه الأموال المباحة التي لم تدخل في حيازة المعصوم جعلتها الشريعة الإسلامية محلا للملك ، فمن استولى عليها بالوجه الشرعي فقد ملكهاو يصير الشخص أولى بالمال المباح و لا يملك أحد مزاحمته لسبق يده.

وإحراز المباحات يكون لها امتيازفي الأشياء التي أجازت الشريعة الانتفاع ا ، كما في كمرافق الأسواق و التحجير وإحياء الموات والإقطاع .

وهذا كله نوع أولوية و أسبقية للممنوح له هذا الحق، وهو حق امتياز في الفقه الإسلامي بالمعنى العام .

المطلب الأول: الامتياز بالإحياء

الفرع الأول: الموات لغة واصطلاحا

أولا: الموات في اللغة

الموات أو الموتان – بفتح الميم والواو- هو من كل شيء غير ذي روح ومالا حياة فيه، ومن الأرض ما لم تزرع ولم تعمر ولا جري عليها ملك أحد من البشر، وبذلك فإن معنى أرض موات أي أرض لم تحي بعد ولم تعمر"[2].

ثانيا : الموات اصطلاحا

ذكرت تعريفات كثيرة للأرض الموات في المذاهب المختلفة من أهمها الآتي:

1- في المذهب الحنفي:

(1) أحمد فرج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، مؤسسة الثقافة الجامعة،ط1 ، الاسكندرية، ص 90

(2) القاموس المحيط،ج 1 ص 158 ،المصباح المنير ج 2 ص 802 ، أبو عبيدة : الأموال ص 423 .

قال الإمام أبو حنيفة النعمان في تعريفه للأرض الموات "الموات ما بعد من العامر ولم يبلغه الماء"[1] وقد وضح ذلك صاحب كتاب الهداية"[2] فقال: "الموات مالا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه، أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة، سمي بذلك لبطلان الانتفاع".

كذلك فقد ورد في تعريف الحنفية للأرض الموات بأ ا: "أرض تعذرت زراعتها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها، غير مملوكة، بعيدة من العامر"[3].

بينما عرف أبو سيف"[4] الموات بقوله: "تلك الأرضين التي لم يكن فيها أثر بناء ولا زرع، ولم تكن فناء لأهل القرية ولا مسرحا ولا موضع مقبرة ولا محتطبهم ولا موضع مرعى دوا م وأغنامهم، وليست بملك لأحد ولا في يد أحد، فهي موات فمن أحيا منها شيئا فهو له".

عند المالكية:

يفسر الإمام مالك τ الأرض الموات في حديث رسول الله ρ الذي رواه في موطأ"[5] بقوله: "إنما ذلك – أي الأرض الموات- في الصحاري والبراري، فأما ما قرب من العمران وما يشاع الناس فيه فإن ذلك لا يكون له أن يحييه إلا بقطيعة من الإمام"[6]. وقد ورد أيضا بالشرح الكبير: "موات الأرض ما سلم عن الاختصاص بعمارة "[7] بمعمى الأرض التي خلت عن أن يختص ا لأحد بوجه من وجوه العمارة من بناء أو غرس أو تفجير ماء و نحوه ، دلك لأن مجرد الملك كاف في الاختصاص و لا يفتقر للعمارة .[8]

وقد بين الشيخ الدردير الموات في شرحه بقوله :" موات الأرض ما سلم من اختصاص بإحياء و ملكها به "[9].

عند الشافعية:

---

[1] الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 177.

[2] ا الهداية شرح بداية المبتدي، ج4، ص98-99.

(3) تكملة البحر الرائق ج 8 ص 238 .

(4) الخراج، ص 138 .

(5) رواه مالك في موطئه عن مالك عن هشام عن عروة عن أبيه أن رسول الله ρ قال :" من احيا أرضا ميتة فهي له و ليس لعرق ظالم حق " ج 2 ص 121 .

(6) المدونة الكبرى ج 15 ص 195 .

(7) الشرح الكبير على مختصر خليل ج 4 ص 66 .

(8) المرجع نفسه، ص 66 .

(9) الشرح الصغير ج 2 ص 280 ـ 281 .

فإن الإمام الشافعي يسوي بين الموات القريب من العامر أو البعيد عنه ما دام لا يتعلق بحقوقه أو مرافقة بقوله τ: "وسواء كل موات لا مالك له إن كان إلى جانب قرية جامعة عامرة، وفي واد عامر بأهله، وبادية عامرة بأهلها، وقرب ـر عامر، أو صحراء، أو أين كان، لا فرق بين ذلك"(1).

عند الحنابلة:

يعرف ابن قدامة الأرض الموات بقوله: "الموات هو الأرض الخراب الدراسة"(2).

ويضيف صاحب الشرح الكبير موضحا ذلك بقوله: "وهي الأرض الدائرة التي لا يعلم أ ا ملكت"(3).

كذلك فقد ورد في تفسير الموات اصطلاحا عند لحنابلة بأنه: "الأرض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم، بخلاف الطرق والأفنية ومسيل المياه والمحتطبات ونحوها وما جرى عليه ملك معصوم بشراء أو عطية أو غيرها فلا يملك شيء ذلك بالإحياء"(4).

يلاحظ مما سبق دكره في تعريف ماهية الأرض الموات اصطلاحا ، أنه يمكن حصرها في مجموعتين هما(5):

(المجموعة الأولى): تتجه إلى جعل العطلة عن الإنتاج والانتفاع بالأرض حدا للموات، مع قطع النظر عن مواضعه، على اعتبار أنه اسم لما لا ينتفع به، فهؤلاء ينظرون إلى الأرض الموات باعتبار ماهيتها وحقيقتها، فكل أرض معطلة عن الإنتاج لا حياة فيها ولا استعداد فيها فعلا على الإنتاج فهي موات وإلا فهي عامر.

(المجموعة الثانية): تتجه إلى جعل موقع الأرض في الأصل هو المعيار في إطلاق اسم الموات عليها، ولذلك فقد تكون بعض المواقع مواتا في حقيقتها ولكنها لا تعتبر كذلك في الاصطلاح.

المطلب الثاني: تعريف الإحياء لغة واصطلاحا.

---

(1) الأم، ج 3 ص 265 .

(2) المغني ،ج 5 ص 563 .

(3)الشرح الكبير على متن المقنع ،ج 6 ص 147 .

(4) الروض المربع شرح زاد المستقنع ،ج 2 ص 424 .

(5) الزحيلي ، محمد :إحياء الموات ، مطابع جامعة الملك عبد العزيز ،ط1 ،1990 ، ص 25

الفرع الأول : الإحياء لغة : من الفعل ا ـرد حيي يحيا حياة فهو حي، والحي من كل شيء ذو الحياة والنماء نقيض الميت، ويراد بالإحياء عند أهل اللغة جعل الشيء ذا قوة حساسة ونامية بعد أن كان متجردا منها، وينطبق هذا المعنى عندهم أيضا على الأراضي حيثما ينسب الإحياء إليها، فلو تم نقل الأرض الموات من حالتها ا ـدبة هذه إلى حالة الخصب والنماء قبل لهذه العملية: إحياء في اللغة"[1]، وصرح الزمخشري"[2] بأن هذا لاستعمال هو من باب ا ـاز لأن حقيقة الحياة هي نقيض الموت، وعليه يقال: أرض حية أي مخصبة، كما يقال في مقابلة ذلك أرض ميتة أي مجدبة"[3].

الفرع الثاني : الإحياء اصطلاحا

جاء في تكملة البحر الرائق "[4]: "وأما تفسير الحياة فظاهر قال في العناية: والإحياء شرعا أن يكرب –تقليب الأرض للحراثة- الأرض ويسقيها فإن كر ا ولم يسقها أو سقاها ولم يكر ا فليس بإحياء، وعن أبي يوسف: الإحياء البناء والغراس أو الكرب أو السقي، .. وعن السرخسي: الإحياء أن يجعلها صالحة للزراعة"، كذلك فقد ورد في أكثر من مرجع للحنفية"[5] في بيان الإحياء بقولهم: "الاحياء جعلها صالحة للزراعة".

ـ جاء في الشرح الصغير[6]: والاحياء يكون بأحد أمور سبعة:

الأول: (بتفجير ماء) لبئر أو عين فتملك به.

والثاني: (بإزالته) أي الماء منها حيث كانت الأرض غامرة بالماء.

والثالث: (ببناء) بأرض.

والرابع: بسبب (غرس) لشجر ا.

والخامس: بسبب (تحريك أرض) بحرثها ونحوه.

---

(1) المصباح المنير، ج 1 ص 193 ، لسان العرب، ج12، ص1075 ، القاموس المحيط، ج4، ص 323

(2) هو محمد بن عمر بن محمد بن أحمد الزمخشري أبو القاسم، كان واسع العلم كثير الفضل معتزليا في مذهبه ولد سنة 479هـ ، وتوفي سنة 538هـ ، من مصنفاته، الكشاف والمفصل، انظر: ترجمته ابن العماد، شذرات الذهب، ج4، ص118.

(3) أساس البلاغة، ص211، لسان العرب ، ج12، ص1078، المصباح المنير ج 1 ص 220 ، القاموس المحيط ج4، ص321 .

(4) البحر الرائق شرح كـ الدقائق، ج8، ص 238.

(5) مجمع الأ ـر في شرح ملتقى الأبحر ،ج2، ص 558، المبسوط ، ج ؟؟؟ا العناية علي الهداية ج 8 ص 137

(6)الشرح الصغير ، ج2، ص 283، حاشية الخرشي ج4، ص 70-71، مواهب الجليل ج4 ص145

والسادس: يكون بسبب (قطع شجر) ا بنية وضع يده عليها.

والسابع: بسبب (كسر جحرها مع تسويتها) أي الأرض.

وجاء في الحكام السلطانية"[1]: "وصفة الاحياء معتبرة بالعرف فيما يراد له الإحياء، لأن رسول الله ρ أطلق ذكره إحالة على العرف المعهود فيه، فإن أراد إحياء الموات للسكنى كان إحياؤه بالبناء والتسقيف لأنه أول كمال العمارة التي يمكن سكناها، وإن أراد إحياؤها للزرع والغرس اعتبر فيه ثلاثة شروط: أحدهما جمع التراب المحيط ا حتى يصير حاجزا بينها وبين غيرها.

وثانيها سوق لماء إليها إن كانت يبسا وحبسه عنها إن كانت بطائح ؛لأن إحياء اليبس بسوق الماء إليه وإحياء البطائح بحبس الماء عنها حتى يمكن زراعتها وغرسها في الحالين. والثالث حرثها والحرث يجمع إثارة المعتدل وكسح المستعلى وطم المنخفض، فإذا استكملت هذه الشروط الثلاثة كمل الإحياء وملك المحي". وحول هذه الكيفية في إحياء الموات تفصيل أكثر ذكره صاحب المهذب"[2] وصاحب اية المحتاج"[3].

جاء في الروض المربع شرح زاد المستنقع"[4]: "من أحاط مواتا بأن أدار حوله حائطا منيعا بما جرت العادة به فقد أحياه، سواء أرادها للبناء أو غيره لقوله ρ: (من أحاط حائطا على أرض فهي له) رواه أحمد وأبو داود عن جابر، أو حفر بئرا فوصل على الماء أو أجرى الماء على الموات من عين ونحوها، أو حبس الماء عن الموات لزرع إذا كان لا يزرع معه فقد أحياه لأن نفع الأرض بذلك أكثر من الحائط".

كذلك فقد ورد في شرح المقنع"[5]: "وقيل: إحياء الأرض ما عد إحياء وهو عمار ا بما تتهيأ به لما يراد منها من زرع أو بناء، وقيل: ما يتكرر كل عام كالسقي والحرث فليس بإحياء، وما لا يتكرر فهو إحياء".

فمضمون التعاريف في احياء الموات هو بث الحياة في الأرض التي تكون بحكم الميت للانتفاع ا ، و اصلاحها بالبناء او الغرس أو الحرث أو السقي والاستيفادة منها بكل الوسائل التي تعود بالنفع على

---

(1) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 177.

(2) المهذب، ج1، ص 424.

(3) اية المحتاج ، ج5، ص 338.

(4) الروض المربع ، ج2، ص 426-427.

(5) المبدع، ج5، ص 256.

الانسان ، ضمن شروط معينة و أعمال مخصوصة عرفا ، تتناسب مع طبيعة الأرض و الغرض المقصود منها"[1].

المطلب الثاني: حكم الامتياز بالاحياء.

المقصود بامتياز المحيي ، أن يصير أحق من غيره بملكية الأرض الموات .

وقد اتفق جمهور الفقهاء على امتياز حق المحيي لما تم احياؤه من الأرض الموات و تملك حريم الموات ، لأنه تبع له ، و تملكه المعادن الموجودة في الأرض، ويؤكد هذا ما جاء في المغني قوله:"وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحياء"[2].

واختلفوا فيما يفيده إحياء الموات، هل يفيد حق التملك - ملكية تامة- أو حق الانتفاع فقط؟ وبتعبير آخر هل يفيد الإحياء ملكية رقبة الأرض أم ملكية الانتفاع؟ وذلك على مذهبين:

المذهب الأول:

يرى أن امتياز ا يي لما تم إحياؤه،يفيد حق الملكية المطلقة، وأن المحيي يملك رقبة الأرض ويحق له استعمالها واستغلالها بالانتفاع ا عن طريق غيره، وحق التصرف بالبيع وغيره وهو قول جمهور الفقهاء. [3]

المذهب الثاني:

يرى أن امتياز المحيي لما تم احياؤه يفيد حق استغلال الأرض المحياة و الانتفاع ا، لا ملك رقبة فيثبت بالاحياء حق الاستعمال الشخصي، ولا يملك حق التصرف بالبيع وغيره ولا تنتقل إلى ورثته، وهو قول بعض الحنفية[4].

الأدلة

أـ أدلة القول الأول

استدل جمهور الفقهاء على الامتياز بالاحياء بما يلي:

أولا: من السنة النبوية

---

(1) الزحيلي: إحياء الأرض الموات، ص15.

(2) المغني، ج5، ص 562.

(3) العناية على الهداية، ج8، ص137، البدائع، ج8، ص3852، حاشية الدسوقي، ج4، ص66 ، المنتقى ج6، ص27، مغني المحتاج، ح 2، ص361، كشاف القناع، ج4، ص206، المهدب، ج1، ص431 ، المغني، ج5، ص430.

(4)البابوتي : العناية على الهداية ج 8 ص 137.

عن سعيد بن زيد وجابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول اللهρ:" من أحيا أرضا ميتة فهي له"[1] وزاد سعيد بن زيد "وليس لعرق ظالم حق"[2].

عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنهما عن النبي ρ قال:" من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق ا " [3]

ما روي عن جابر بن عبد الله τ، أن رسول الله ρ قال: من أحيا أرضا ميتة فهي له. و ما أكلت العافية منها فهي صدقة ".[4]

وجه الدلالة:

هذه الأحاديث المأثورة عن النبي ρ دلت على جواز إحياء الأرض الموات، لا سيما الأحاديث المضافة باللام التملك في قوله" فهي له"، أفادت ملك المحيي لما أحياه ملكا مطلقا -رقبة ومنفعة- وهذا يدل على أن إحياء الأرض يعطي الحق بالأولوية و الأسبقية للإحياء و التملك.

ثانيا: من الإجماع :

قال مالك:" وأهل العلم ما علمت بينهم خلافا من أن من أحيا أرضا ميتة، أن ذلك له" [5].

وتتجلى الحكمة من تقرير هذا الامتياز في الفقه الإسلامي ما يترتب على الإحياء من الدعوة إلى اصلاح الأرض والمساهمة في زيادة نماء الثروة و زيادة الخصب وتوفير القوت، وتأمين الغداء وتسهيل الحصول عليه، و هي الحكمة التي ذكرها الفقهاء في مشروعية الإحياء..

---

(1) رواه الترمذي في سننه عنهما ، و قال :" الحدبث الدي روي عن جابر ، حديث جسن صحيح ، بينما الحديث الدي روي عن سعيد قال " حديث حسن غريب " انظر : ايم العربي : عارضة الاحودي شرح صحيح الترمدي ، ج 6 ص 146 ، و أبو داود في سننه عن سعيد وحده ، ج 2، ص 158 .

(2) قال ابن الأثير في النهاية ، ج 3 ص 219 في تفسيره ليس لعوق ظالم :" هو أن تجئ الرجل إلى أرض قد أحياها قيله فيغرسها غرسا غصبا ليستوجب يه الأرض، والرواية لعرق بالتنوين وهو على حدف المضاف: أي لدي عرق ظالم ، فجعل العرق نفسه ظالما و الحق لصاحبه ، أو أن يكون الظالم من صفة صاحب العرق ، و إن روي عرق بالإضافة، فيكون الظالم صاحب العرق " .

(3) أخرجه البخاي في صحيحه ، كتاب الحرث و المزارعة ، باب من أحيا أرضا مواتا ، رقم15 ، ج 3 ص 70 ، بقوله " من أعمر " و علق عليه الحافظ بن حجر في فتح الباري ، ج 5 ص 20 بقوله :" قال عياض كدا و قع و الصواب عمر " . و أحمد في مسنده ، ج 6 ص 120 ، برواية شبيهة بالرواية السابقة بقوله: عن عائشة قالت قال رسول الله صلى لله عليه و سلم :"من عمر أرضا ليست لاحد فهو أحق ا " ، ومالك في موطئه ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في عمارة الموات ، ج 2 ص 121 ، و أبو داود في سننه، كتاب الخراج و الفيئ و الامارة ، باب إحياء الموات ، ج2 ص 158 .

(4) الحديث روي بروايات كثيرة ، و قد أخرجه أحمد في مسنده ، ج 3 ص 304 ،327 ، ودلك عن عدة روايات، والدامي في سننه ، ج2، ص181، و أبو داود في سننه والترميدي وصححه النسائي عن ثمان من الصحابة، الشوكاني، ج 5، ص340.

(5) حاشية العدوي على الخرشي ، ج7، ص69 .

وقد لمس المشرع الجزائري هذه الغاية و الحكمة من احياء الموات ، فقرر مشروعيتها في القانون المدني ، بشروط خاصة ليحقق الحكمة المشار إليها ، بموجب قانون 18/83 المؤرخ في 1983/08/13 ، المتعلقة بحيازة الملكية العقارية الفلاحية الذي حدد شروط اكتساب الملكية عن طريق الاستصلاح في جزء من الأملاك الوطنية العقارية التابعة للدولة و تمليكها للخواص بشروط.

فقد عرفت المادة 08 من القانون 83/18 الاستصلاح بأنه "كل عمل من شأنه جعل الأراضي قابلة للفلاحة صالحة للاستغلال " وهذا التعريف يقابله في الشريعة الإسلامية ما يعرف بإحياء الأرض الموات.

وقد اشترط المشرع الجزائري أن يتم الاستصلاح في الأراضي التابعة للدولة والواقعة في المناطق الصحراوية أو المنطوية على مميزات مماثلة و كذا الأراضي الأخرى غير المخصصة والممكن استخدامها في الفلاحة بعد الاستصلاح.

واستبعدت المادة 02 من قانون 13/83 السابق الذكر الأراضي التي أدمجت في صندوق الثورة الزراعية وهذا قبل إلغاء النصوص التي تحكمه، بمعنى أن جميع الأراضي الزراعية و الرعوية و الحلفائية و أراضي العرش و البلديات و الأراضي الوقفية غير قابلة للاكتساب عن طريق الاستصلاح، كما يستثنى من تطبيق هذه المادة الأراضي الغابية لأ ا غير قابلة للتملك الخاص.

ولقد أراد المشرع من وراء حعل الاستيلاء على الأرض الموات سببل يكسب حق التصرف عليها : تشجيع الأفراد على احياء هذه الأرض ، واستثمارها، كي تزداد رقعة الأراضي المعمورة و يزداد من ثم الدخل القومي في البلاد " [1].

محل الامتياز:

الموات القابل للإحياء هو الأرض التي لا مالك لها، ولا يوجد فيها اختصاص لأحد أو جماعة، وليس فيها أثر عمارة أو انتفاع سابق. و يخرج من هذا الامتياز الأرض المملوكة بأي سبب من أسباب الملك المشروع لأنه لا يجوز احياؤها، ولا يجوز إحياء الأرض التابعة لأرض مملوكة.

---

[1] انظر بحث : قاعدة الرسمية و الشهر العقاري في القانون المدني الجزائري في منتدى الجزنئرية للحقوق و القانون على الموقع www.forum.law-dz.com/

المبحث الثاني: امتياز الموات بالتحجير

المطلب الأول: تعريف التحجير لغة و اصطلاحا

الفرع لأول: معنى التحجير لغة:

قال: ابن الأثير"[1]: "يقال حجرت الأرض واحتجر ا إذا ضربت عليها منارا تمنعه به عن غيرك".

وجاء في المعجم الوسيط"[2]: "حجر الأرض وعليها وحولها: وضع على حدودها أعلاما بالحجارة ونحوها لحياز ا".

وجاء في القاموس المحيط"[3]: "احتجر الأرض ضرب عليها منارا".

مما سبق يتضح لنا أن المراد بالتحجير في اللغة –حسبما تفيد مصادر اللغة- وضع العلامات أو ضرب الأعلام على حدود قطعة الأرض المراد حياز ا، وذلك منعا من التجاوزات التي قد تأتي من قبل الأغيار.

التحجير في عرف أهل اللغة: هو الإعلام، يقال، حجرت الأرض واحتجز ا: إذا ضربت عليه منارا تمنع به غيرك والمحجر: ما حوله القرية"[4].

الفرع الثاني: تعريف التحجير اصطلاحا

اتجه الفقهاء في مدلول التحجير إلى عدة طوائف:

1- فمنهم من ذهب في تعريفه كما في اللغة إلى أنه علامة أو أمارة على إرادة الإحياء لمنع الغير من لتجاوز على قطعة الأرض ا ازة، وذلك بإحاطة تلك الأرض بالأحجار أو الأشواك أو الأسلاك

---

(1) لسان العرب، ، ج9، ص784.

(2) مجمع اللغة العربية، ج1، ص 157.

(3) القاموس المحيط ج 2، ص5.

(4) إحياء الأرض الموات ، ص 36 .

الشائكة أو جذوع الأشجار ونحوه مما يوضح عادة علامة ودليلا على إرادة الإحياء للأرض ا ازة، من هؤلاء فقهاء الحنفية، فلقد جاء في بدائع الصنائع"[1]: عن بيان ماهية التحجير.

عبارة عن وضع أحجار أو خط حولها يريد أن يحجر غيره عن الاستيلاء عليها"، كذلك فقد ذهب على ذلك يحي بن آدم القرشي في الخراج"[2].

2- ومن الفقهاء من ذهب في تعريف التحجير إلى أنه شروع في عملة الإحياء أو البدء بنقل الأرض الموات من حالتها ا دبة قناة. ونحوه وهذا يدل على جعلهم عملية التحجير جزءا أو مرحلة من مراحل عملية الإحياء؛ ومن هؤلاء فقهاء الحنابلة، حيث جاء عن صاحب المغني"[3] قوله: "وإن تحجر مواتا وهو أن يشرع في إحيائه مثل أن أدار حول الأرض ترابا وأحجارا أو حاطها بحائط".

3- وذهبت طائفة ثالثة وهم الشافعية خاصة إلى توسيع نطاق التعريف بحيث يشمل المدلولين السابقين معا وهما الأمارة على الإحياء والشروع فيه، فجاء في اية المحتاج إلى شرح المنهاج"[4].

ومن شرع في عمل إحياء ولم يتمه، أو علم على بقعة بنصب أحجار أو غرز خشبا فمتحجر"

وممن ذهب إلى ذلك من المعاصرين وعرفه البابرتي الحنفي بأنه: الإعلام، وهو إما يكون مشتقا من الحجر، أو من الشيخ محمد أبو زهرة"[5]: حيث قال في معنى التحجير: "وهو أن يضع الشخص علامة في الأرض الموات تدل على سبقه إليها، أو يشرع في إحيائها فيعد من التحجير وضع سور حول الأرض، أو خطوط حولها تدل على سبق يده، ومنها أن يقطع أشواكها، أو يسوى عاليها بسافلها، لأن ذلك شروع في الإحياء والشروع في الإحياء من التحجير.

المطلب الثاني: حكم الامتياز بالتحجير.

اتفق الفقهاء[6] على امتياز المتحجر للموضع المحجر اختصاصا ليس غير ، لسبق يده عليها، لأن الملك يثبت بالاحياء لا بالتحجير واستدلوا على ثبوت امتياز حق المحتجر بمايلبي :

الأدلة:

أولا: من السنة.

---

[1] االبدائع ، ج6، ص195.

[2] مرجع سابق، ص190 .

[3] المغني ، ج5، ص569..

[4] اية المحتاج ، ج5، ص 340.

[5] الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية (القاهرة: دار الفكر العربي، 1977) ص116.

[6] البدائع، ج6، ص195 ، تكملة فتح القدير، ج 10، ص 82، حاسية ابن عابدين، ج5، ص278 ، المنتقى، ج 6، ص30 ،شرح الخرشي ج7، ص 71 ، حاشية الرهوني، ج7، ص102 ،أسنى المطالب، ج2 ص 447 ، اية المحتاج ج 5 ص 340 ، المغني ج8، ص152، كشاف القناع، ج4، ص193.

- ما اخرجه أبو داود في سننه عن أسمر بن مضرس قال أتيت النبي ρ فبايعته ، فقال: من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به"[1]، و في لفظ :" فهو أحق به"[2] قال فخرج الناس يتعادون يتخاطون.

وجه الدلالة:

"أن من سبق إلى شيء لم يسبق إليه مسلم فإنه يكون أحق به من غيره ، وهذا يفيد بعمومه أن من سبق إلى موات فحجره يصير أحق الناس به من غيرهيما يفيد حق الاختصاص ، لأته لا حق للغير فيه .

فقد جاء عن النبي ρ أنه قال :" من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له"[3] ، ولأن تملك الأرض بالإحياء و التغيير لا بمجرد التحجير[4] ..والمتحجر يكن له امتياز لما قام بتحجيره من الأرض خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات مند بداية زمن التحجير كما يراه الحنفية[5]، ولذلك يمنع غيره أن يحيي دلك الموضع حتى حتى تمضي هده المدة مصداقا لقوله ρ." عادي الأرض لله و لرسول ثم لكم من بعد، فمن أحيا أرضا ميتة فهي له، وليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين"[6]. ولذلك فإن الحق بالأرض الموات الناشىء عن مجرد التحجير ليس

---

[1]رواه أبو داود في سننه ، كتاب الخراج و الإمارة و الفيء ، بإقطاع الأرضين ، حديث رقم :3071 ، والبيهقي في سننه ، كتاب احياء الموات، باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد و لا في حق أحد فهي له ، ج6، ص 142 ، قال الحافظ في التلخيص الحبير :" قال البغوي لا أعلم ـدا الاسناد غير هدا الحديث ، و صححه الضياء في المختارة" و حسن إسناده في الإصابة "ج 3، ص 63 ، و ضعفه الألباني في الإرواء رقم 1553 .

(2)رواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب إحياء الموات ،باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد و لا في حق أحد فهي له " ج 6، ص 143.

[3]رواه أبو داود في سننه ، كتاب الخراج و الإمارة و الفيء ، باقطاع الأرضين ، حديث رقم :3071 ، والبيهقي في سننه ، كتاب احياء الموات، باب من أحيا أرضا ميتة ليسي لأحد و لا في حق أحد فهي له ، ج 6 ص 142 ، قال الحافظ في التلخيص الحبير :" ، و في لفظ :" فهو أحق به "رواه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب إحيتء الموات ،باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد و لا في حق أحد فهي له " ج 6 ص 143.

[4]راجع : البدائع، ج 6، ص 195 ، تكنلة فتح القدير ج 10، ص 82 ، حاسية ابن عابدين ج 5، ص278 ، المنتقى، ج 6، ص 30، شرح الخرشي، ج7، ص71 ، حاشية الرهوني، ج7، ص102، أسنى المطالب، ج 2، ص447 ، ـاية المحتاج، ج 5، ص 340 ، المغني، ج 8، ص152، كشاف القناع ج 4، ص 193.

(5) مختصر الطحاوى، ص 135 ، البدائع، ج6، ص 194 ، تكملة فتح القدير، ج10، ص 82 ، حاسية ابن عابدين، ج 5، ص ص 278, و المالكية ، المنتقى، ج6، ص 30، حاشية الرهوني، ج7، ص102، عقد الجواهر، ج 3، ص 949.

(6)رواه البيهقي في السنن ، كتاب إحياء الموات ، باب : لا يترك دمي يحييه لأن رسوله صلى الله عليه و سلم جعلها لمن أحياها من المسلمين ج 6 ص 143 ،و ضعفه ـدا للفظ الألباني في الإرواء و قال عنه في سلسلة الأحاديث الضعيفة و الموضوعة و قال: منكر ـدا التمام ، رقم الحديث 553 ،و الزيادة في الحديث " و لبس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين " انفرد ـا أبو بوسف قال في كتاب الخراج " حدثني ليث عن طاووس قال :...فدكر الحديث ، و لكن أبا يوسف عزا هدا القول نفسه إلى عمر بن الخطاب فقال

مطلقا، ولكن إلى أمد معلوم حدد الأثر غايته بثلاث سنوات، وإلا جاز للإمام نزعها منه ودفعها إلى غيره، ويؤكد دلك ما رواه أبو عبيد بسنده عن بلال بن الحارث المزني عن أبيه :" أن رسول الله ρ أقطعه العقيق أجمع ، قال: فلما كان زمن عمر بن الخطاب قال لبلال: إن وسول الله ρلم يقطعك لتحجره على الناس ، إنما أقطعك لتعمل فخد منها ما قدرت على عمارته ورُد الباقي"[1]. ولأن الأرض رجعت إلى طبيعتها الأولى قبل التحجير، ولأن الدفع إلى الأول كان ليغيرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج ، فإذا لم تحصل يدفع إلى غيره تحصيلا للمقصود[2].

بينما أطلق الشافعية[3] تحديد المدة لاجتهاد الإمام على حسب العرف والعادة

ولذلك فإذا طالت مدة التحجير، قال له الإمام: "إما أن تحببه أو تتركه ليحيه غيرك لتضييقه على الناس في حق مشترك بينهم ، فمنع منه ، كما لو وقف في طريق ضيق أو مشروعة ماء أو معدن لا ينتفع به، ولا يدع غيره ينتفع "[4]، فإن سأل الإمهال وأبدى عذرا أمهل مدة قريبة بحسب رأي الإمام و اجتهاده ، رفقا به و دفعا لضرر غيره ، فإن مضت و لم يفعل شيئا بطل حقه .

وأما إدا لم يدكر عدرا نزعها منه الإمام و عادت الأرض مواتا كما كانت، لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها[5].

من الأثر:

روي عن عمرτ أنه قال: من كانت له أرض (يعني من تحجر أرضا)، فعطلها ثلاث سنين، فجاء قوم فعمروها فهم أحق ا.

وجه الدلالة منه: إن قول عمر هذا يدل على أن من عمر الأرض المحجرة قبل الثلاث سنين لا يملكها، لأن الثاني قد أحيا في حق غيره، فلا يملكه، كما لو أحيا ما يتعلق به مصالح ملك غيره·.

في كتاب الخراج " حدثني محمد بن اسحاق عن الزهري عن سالم بن عبد الله أنعمر بم الخطاب قال على المنبر : من أحيا أرضا نيتة فهي له ، و ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين " . الحراج ص 65.

(1)أبو عبيد : الأموال ص 368 و العقيق واد من أودية المدينة.

(2)البدائع، ج 6، ص 194 ، تكملة فتح القدير ج 10 ص 82 ، حاسية ابن عابدين، ج 5، ص 278، اللباب شرح الكتاب، ج 2، ص 220 .

(3)أسنى المطالب، ج 2، ص 447، اية المحتاج، ج 5، ص 340 و الحنابلة، المغني، ج8، ص 152، كشاف القناع، ج 4، ص 193.

(4) المغني، ج 8، ص 153 ، الحاوي الكبير، ج 7، ص 491 ، مغني المحتاج، ج 2، ص367 .

(5) المغني، ج 8، ص 153 ، الحاوي الكبير، ج7، ص 491 ، كشاف القناع، ج 4، ص 193

المبحث الثالث: الامتياز بالاقطاع

تكلم الفقهاء عن إقطاع ولي الأمر وبينوا أحكامه وأنواعه، وفيما يلي عرض هذه الأنواع بإيجاز مبينين ما له صلة بامتياز الاقطاع.

المطلب الأول: تعريف الاقطاع وأنواعه:

الفرع الاول : تعريف الإقطاع لغة

الإقطاع مصدر من القطع، وهي تدور في اللغة على معان عدة منها: الفصل والإنابة، يقال قطعت الشيء قطعا إذا: فصل بعضه وأنابه، وأقطع يقطع أي أعطى قطعة، وأقطعه قطيعة أي طائفة من أرض الخراج"[1]. ويقال أقطع بقطع أي: أعطى قطعة، قال الفيومي وأقطع الامام الجند البلد اقطاعا جعله لهم غلتها رزقا، واستقطعته أي سألته الإقطاع "[2]الإقطاع : نظام يقوم على العلاقة بين السادة ونوا م، يقضى بأن يملك الأولون الآخرين قطائع من الأرض على سبيل المنحة لهم ولأولادهم، والإقطاع كل نظام يمكن للمالك من أن يتحكم في الأرض ومن فيها من الناس[3].

الفرع الثاني: الإقطاع في الاصطلاح: له عدة تعريفات ، و أعم تعريف ما قاله المالكية وهو :

وقال الحنفية: " الإقطاع هو ما يعطيه الامام من الأرض رقية و منفعة ، لمن له حق في بيت المال"[4].

1- ما يخص به الإمام بعض الرعية من الأرض الموات فيختص به ويصير أولى بإحيائه ممن لم يسبق إلى إحيائه. وحكى عياض:" أن الاقطاع تسويغ الإمام من مال الله شيئا لمن يراه أهلا لذلك".

---

(1) مختار الصحاح، ص 543، القاموس المحيط، مادة قطع ، ص71 .

(2) الفيومي: المصباح المنير ، ج 2، ص698 .

(3) المعجم الوسيط ، مادة قطع ، ج 2، ص745 .

(4) البدائع، ج5، ص3852.

وأكثر ما يستعمل في الأرض، وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يجوزه إما بأن يملكه إياه فيعمره، وإما بأن يجعل له غلته مدة"(1).

وقال الشافعية :"هو ما يخص يه الامام بعض الرعية من الأرض الموات فيختص يه، ويصير أولى باحياءه ممن لم يسبق إلى إحيائه"(2).

وعرف الحنابلة الإقطاع:" تمليك أو ادن في التصرف بالسيء، والاقطاع يكون تمليكا وغير تمليك"(3).

- وتعريف المالكية (عياض) أشمل حيث إنه استوفى أنواع الاقطاع الثلاثة: الإقطاع، التمليك والاستغلال والإرفاق، لأن قوله: مال الله أعم من الأرض وأشمل من الموات، وقوله: لمن يراه أهلا عام فيمن يصلح أن يقطع، والاقطاع قد يكون في موات الأرض وهو الأكثر، وغير الأرض كالمعادن ونحوها، وقد يكون في غير موات، وهو أن يقطع الإمام أحدا شيئا من بيت المال تمليكا للمصلحة، وهذا هو ما يعرف بعطايا الأئمة يدخل في التعريف الثاني في قوله: -من مال الله- فيعطي الإمام من بيت المال ولو عامرا، أو يعطي من الجزية أو يعطي من الخراج أو ينفل من خمس الغنيمة أو غيره. وهذا جائز للمصلحة، ولا أعلم فيه خلافا لفعل النبي ρ وخلفائه وأئمة المسلمين من بعدهم وتسمية هذا إقطاعا عند غير الشافعية لأ م يرون الاقطاع في الموات فقط"(4).

المطلب الثاني أنواع الإقطاع وحكم امتيازها.

* **أنواعـه:** الإقطاع ثلاثة أنواع وهي:

- <u>النوع الأول</u>: إقطاع تمليك.
- <u>النوع الثاني</u>: إقطاع استغلال.
- <u>النوع الثالث</u>: إقطاع إرفاق.

- **القسم الأول: إقطاع التمليك وهو:** إقطاع الرقبة وهو أن يعطي الإمام من يراه أهلا مواتا يحييه ويتصرف فيه تصرف الملك سواء أكان ذلك أرضا أم غيرها. وقال الجمهور من الحنفية والحنابلة والأصح عند

(1) الرصاع : شرح الحدود، ص 408، حاشية الدسوقي، ج4، ص68.
(2) المهذب،ج1، ص 433 ، مغني المختاج، ج 2، ص267 .
(3) المغني، ج5، ص467.
(4) فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج 5، ص47.

الشافعية بأن مجرد الإقطاع في الموات لا يثبت الملكية إلا بعد الاخياء حقيقة، ويصير المقطع أحق من غيره بهذه الأرض كالمتحجر في الإحياء، وسمى هدا النوع بإقطاع تمليك لأنه يؤول إلى الملك بعد الإحياء[1].

ويشتمل على أنواع :

أولا: إقطاع الموات وقد تقدم ذكره في مبحث : الامتياز بالاحياء والتحجير .

* النوع الثاني: إقطاع الاستغلال.

وهو أن يعطي الإمام من يراه أهلا مواتا أو عامرا من الخراج أو من غيره ليستغله وينتفع به بزرع أو غرس أو سكن أو إجارة ويبقى الأصل للمسلمين سواء أجعل الإمام على المقطع عوضا من النتاج أو كان إقطاع استغلال بلا عوض وللإمام أن يسترده إذا رأى المصلحة في ذلك أيضا[2].

وقد يسميه بعض الفقهاء اقطاع انتفاع، ويملك المقطع بالقبض، كالحوالة ، قال الماوردي:" ولا يجوز إقطاع العشر، لأنه زكاة، و لا يصح إلا لمستحق، وفي هذه الحالة يكون الاقطاع حوالة"[3]. وإقطاع الاستغلال يقع على الأراضي التي يصطفها الإمام لبيت المال من فتوح البلاد، وقد يقع على الأراضي الخراجية[4].

يقول الماوردي:" هدا النوع من العامر لا يجوز إقطاعه وقيته، لأنه قد صار ياصطفائه لبيت المال ملكا لكافة المسلمين فجرى على رقبته حكم الوقوف المؤيدة وصار استغلاله هو المال الموضوع في حقوقه، والسلطان فيه بالخيار على وجه النظر في الأصلح بين أن بستغله لبيت المال ، كما فعل عمر بن الخطاب، وبين أن يتخير له من دولى المكنة والعمل من يقوم بعمارة رقبته بخراج يوضع عليه مقدر بوفور الاستغلال ونفصه، كما فعل عثمان بن عفان، ويكون الخراج أجرة تصرف في وجوه المصالح ...." [5].

---

[1] الماوردي، الأحكام السلطانية، ص191، نهاية المحتاج، ج5، ص341، المغني، ج5، ص420،كساف القناع ج4 ص 216، المهذب، ج1، ص332، مغني المحتاج، ج2، ص367 ، المحلى، ج3، ص92، الباجي ج6، ص29، منح الجليل، ج4، ص15 ، حاشية العدوي، ج2، ص272 .

[2] أبو عبيدة : الأموال ،ص 368 .

[3] الماوردي : الأحكام السلطانية ص 194.

[4] المرجع نفسه، ص244 .

[5] المرجع نفسه، ص 242.

وقد جرى العمل ـذا من صدر الإسلام ، فقد فعله الصخابة و لم يزل مشهورا بين المسلمين دون إنكار[1].

و يتصور الامتياز إقطاع الاستغلال في إقطاع الإمام للأراضي التابعة لبيت المال لمن يستغلها دون تمليك رقبتها .

لفعل النبي ρ روى ابن سيرين قال: أقطع النبي ρ رجلا من الأنصار يقال له سليط، وكان يذكر من فضله أرضا قال فكان يخرج إلى أرضه تلك فيقيم ـا الأيام ثم يرجع فيقال له لقد نزل بعدك من القرآن كذا وكذا وقضى رسول الله ρ في كذا وكذا قال: فانطلق إلى رسول الله ρ فقال: يا رسول الله: إن هذه الأرض التي أقطعتها قد شغلتني عنك فاقبلها مني، فلا حاجة لي في شيء يشغلني عنك فقبلها النبي ρ منه، فقال الزبير يا رسول الله أقطعنيها قال: فأقطعها إياه"[2]. فقد أقطعه الرسول ρ للمصلحة وقبل ردها أيضا للمصلحة.

- النوع الثالث: إقطاع الإرفاق أو الارتفاق.

ويشمل أنواع :

- أولا: إقطاع الإرفاق ويسمي إقطاع إمتاع وانتفاع.

ويقصد به أن يقطع الإمام أو من يقوم مقامه أحد الرعية مكانا من أملاك الدولة أو بيت المال، يرتفق به في الشوارع والطرقات لينتفع به فترة من الزمن دون أن يملك رقبته، و هدا لا يفيد ملك الرقبة بالإجماع بشرط ألا يضر بأحد .لأن ليس للإمام أن يأذن فيما لا مصلحة فيه فضلا عما فيه مضرة[3] ويكون إقطاع الارفاق في الأرض العامرة، بأن يقطع الإمام الرحاب و الطرق الواسعة والشوارع، ومقاعد الأسواق التي ليست ملكا لأحد، و يصبح أخق من غيره فيه، ولا يسقط حقه بنقل متاعه عنه ، لأنه استحقه بإقطاع الإمام ، وقد يدخل الارتفاق في مسمى الاستغلال وقد يكون هدا الانتفاع بعوض و أجر، و قد يكون مجانا لمصلحة يراها الامام ،و هذا ما تفعله بعض الدول المعاصرة اليوم في الساحات والشارع .،. و الارتفاق في مثل هذه الأماكن يكزن غالبا بمزاولة البيع و

---

(1) الماوردي : الأحكام السلطاتية ، ص 242 ، أبو يعلى : الأخكام السلطانية ص 331.

(2) أبو عبيدة، الأموال، ص86.

(3) ـاية المحتاج، ج5، ص343، المغني، ج8، ص163، المبدع، ج5، ص259.

الشراء وبفتح محلات تجارية و نحوها بشرط عدم الإضرار بالآخرين. وللإمام أن يمنح امتيازا لمن يجلس في هذه الأماكن التي ليست ملكا لأحد.

وهذا الحق كما يبدو حقا شخصيا، لأن الإمام منحه لشخص معين ليكون له امتياز بالجلوس فيه من غيره، ولا يسقط مادام الممنوح له الامتياز حيا، "لأنه يصير كالمتملك ، ويختص بنفع يساويه فيه غيره، وإن قام و ترك متاعه لم يجز لغيره إزالته ، وإن نقل متاعه كان لغيره الجلوس فيه ....وإن نقل متاعه لكن أجلس غلامه أو أجنبيا ليحفظ له المكان حتى يعود فهو كما لو ترك المتاع فيه ، فليس لغيره الجلوس فيه[1] ".

فالجلوس في مقاعد الأسواق على سبيل المعاملة أو الحرفة ، كمن منحه الإمام موضعا منها للبيع ، فإنه يكون له امتياز ا مادام قائما في المكان لم يرحل عنه ، و هو أحق بمجله من غيره حتى و لو قام عنه مدة قليلة لحديث النبي ρ :"إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به"[2].

أما إذا جلس للاستراحة أو نحوها فإنه يبطل حقه بمفارقته،و كذا لوكان جوالا، و هو من يقعد كل يوم في موضع من السوق فإن حقه يبطل بمفارقته[3] .

وبناء على ذلك فما دام الإنسان قائما بأمتعته في مقاعد السوق و لم يرحل عنها ، فإن حقه لا يسقط بوفاته فيخل وراثته محله ، لأن هذه الحقوق منافع دنيوية فتكون محلا للعوض كالحقوق المالية[4].

وإذا جرى العرف بمنح امتياز الارتفاق بإذن السلطان لتنظيم صفوفهم وحصرهم فيما لا يخل بحرمة الطرقات ومخاطر الآلات المستحدثة للركوب والسيارات، فللسلطان أن يقيد أحيانا المطلق إذا اقتضت ذلك مصلحة أرجح من الإطلاق، فجميع الدول المتحضرة اليوم في العالم لا تسمح استغلال الطرق إلا في حدود وبترخيص يصدر من وزارة الإسكان و المرافق. و لو تركت الطرقات هكذا لكل من يريد أن

---

[1] كشاف القناع، ج4، ص196، مغني المحتاج، ج2، ص370 ، الحاوي الكبير، ج7، ص495، المغني، ج8، ص162، المبدع، ج5، ص260 .

[2] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاستئذان ، باب: لا يقم الرجل الرجل من مجلسه .

[3] مغني المحتاج، ج2، ص370، اية المحتاج، ج5، ص344. راجع : الزحيلي: المعاملات المالية المعاصرة، ص 117 .

[4] روضة الطالبين ،ج5، ص300 ، المتدع ،ج5، ص260 .

ينصب فيها تابوتا لبضاعته في غرض الطرق لضاقت الطرقات والشوارع على المارة وا تازين، وربما ادعى أحدهم ملكية المكان الذي يشغله.."[1].

ولقد كان الارتفاق والمحافظة على تنظيمه من محاسن الشريعة ، فالتوسعة على المسلمين بإيجاد ذلك أمر مطلوب للشارع واهتمام البلديات بإيجاد المرافق العامة للباعة الدين لا يستأجرون محلات تجارية ييسر عليهم طرق التكسب ووسائله أولا ويستكمل وجود التعاون بين أفراد ا تمع ثانيا ، ليؤدي كل دوره خير أداء، فلقد نقل لنا التاريخ الإسلامي مثال رجل أراد أن يجلس فى ظل دار الزبير بن العوام ليبع بضاعته تحته، فلما رأته زوجته أسماء بنت أبي بكر قالت له:"أخر عن الدار لأن الزبير رجل غيور فإذا أقبل فاستأذنه ، ففعل الرجل ، فأدن له الزبير بالجلوس ......" [2]

النوع الثاني: إقطاع المعادن.

يتفرع عن اختصاص الأرض للمحيي عند إحيائها معرفة حكم المعادن التي يجدها المحيي في الأرض عند اصلاحها واستثمارها والعمل فيها. والمعادن أو الفلزات: هي ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة ، كالدهب والفضة والنحاس والخديد والرصاص خلافا للركاز ، والمال المدفون في الأرض بفعل صاحبها أو غيرها

القسم الثالث: إقطاع الإرفاق

وإقطاع الإرفاق يشمل ما يأتي:

المطلب الثاني: حكم الامتياز بإقطاع المعادن.

تناول الفقهاء حكم ملكية المعادن بأنواعها الظاهرة والباطنة، ونتكلم في هذا المطلب عن حكم ملكيتها للإقطاع معتمدين على قواعد الفقهاء في ملكية المعادن خاصة مع التطور الذي نحياه.

والمعادن أنواع منها ماهو ظاهر وهي التي ما كان جوهرها المودع فيها بارزا، ويتوصل إلى ما فيها من غير مؤونة، وينتا ا الناس وينتفعون ا كالملح والماء والكبريت والياقوت وأشباه ذلك[3] ومنها ماهو

---

[1] راجع تكملة ا موع ، ج15، ص 225 - 226 .

[2] السميع : ملكية الأرض ، ص 168 ـ 169.

[3] روضة الطالبين، 301/5، و اية المحتاج 349/5، والكافي لابن قدامة 556/3.

باطن و هي ما كان جوهرها مستكنا فيها لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والصفر والحديد ونحوها[1].

- النوع الأول:حكم الامتياز بإقطاع المعادن

اختلف الفقهاء في منح إقطاعها امتيازا، ويمكن أن يتلخص من كلامهم ثلاثة أقوال:

- القول الأول: عدم جواز منح الامتياز في إقطاع المعادن ، وهو القول الأظهر عند الشافعية"[2]، وبه قال الحنفية و الحنابلة"[3].

- القول الثاني: منح امتياز إقطاع المعادن ، يعود إلى ولي الأمر ، فهو الذي يمنح الامتياز للناس بحسب المصلحة العامة لهم، هو إقطاع انتفاع لا إقطاع تمليك، وهذا مذهب المالكية"[4]، وإليه ذهب بعض المعاصرين ممن كتب في الاقتصاد الإسلامي"[5].

* الأدلة والمناقشة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول على عدم جواز منح امتياز إقطاع المعادن ، لأن المعادن لا تملك بالإحياء، فلم يجز إقطاعها"[6]، فقد وردت أحاديث في عدم ملكية ما يُنتفع به عموم الناس، و منها :

حديث أبيض بن حمال أنه لما وفد إلى النبي ρ استقطعه الملح الذي بمأرب فقطعه له، فلما أن ولى، قال رجل من ا لمس:" أتدري ما اقتطعته له، إنما اقتطعته الماء العد، قال:" فانتزعه رسول الله ρ منه" [7] .

---

[1] الحاوي الكبير 491/7؛ وروضة الطالبين 300/5، 302، والتكملة الثانية للمجموع 224/15؛ والمغني 156/8؛ والكافي، 556/3، 557؛ والمبدع 252/5.

[2] انظر: الحاوي الكبير 497/7، الأحكام السلطانية للماوردي، ص 248، وروضة الطالبين 302/5، ومغني المحتاج 373/2.

[3] انظر: المغني 156/8، والمبدع 252/5، والإنصاف 362/6، وكشاف القناع 188/4.

[4] انظر: المقدمات الممهدات 299/1، والقوانين الفقهية، ص 70، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 486/1، وجواهر الإكليل 136/1.

[5] انظر: مقومات الاقتصاد الإسلامي لعبد السميع المصري، ص 28، 69، (القاهرة: مكتبة وهبة، ط 3، 1403هـ)، والنظام الاقتصادي في الإسلام لأحمد العسال وفتحي أحمد، ص 67، (القاهرة: مكتبة وهبة، ط بدون)، ونظام الإسلام – الاقتصاد، مبادئ وقواعد عامة لمحمد المبارك، ص 103، (بيروت: دار الفكر، ط2، 1394هـ)، وأحكام الملكية في الفقه الاقتصادي الإسلامي، د. محمد المدخلي، ص 124، (الرياض: مكتبة الرشد، ط بدون).

[6] انظر: الحاوي الكبير 468/7، ومغني المحتاج 372/2، والمغني 156/8، 157.

[7] تخريج الحديث

وجه الدلالة : أن النبي ρ لما علم أن الملح ينتفع به الناس انتزعه من الصحابي، فدلّ على أن المعادن إذا تعلق ا حق للمسلمين لم يجز إقطاعها لأحد.

إن إقطاع المعادن الظاهرة يؤدي إلى إلحاق الضرر بالناس، ولأنه يفضي إلى منعهم مما يحتاجون إليه، فيقع الضرر عليهم؛ إذ يؤدي على غلاء سعر المعدن[1] .

وأجيب عن هذا:

بأن ملكية المعادن بالإحياء مسألة خلافية"[2]، والمسائل الخلافية لا يستدل ببعضها على بعض.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

1- ما رواه كثير بن عبد الله المزني"[3] عن أبيه عن جده: أن النبي ρ أقطع بلال بن الحارث المزني"[4] معادن القبلية"[5] جلسيها"[6] وغوريها"[7]، وحيث يصلح الزرع من قدس"[8]، ولم يعطه حق مسلم"[9].

مسلم"[9].

---

[1] المهذب،ج 1 ص428.

[2] المغني 156/8، 157.

[3] هو: كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، روى عن أبيه ومحمد بن كعب القرطبي وغيرهما. قال بن معين: ليس بشيء، وضرب أحمد بن حنبل على حديثه، وقال ابن حجر عنه: ضعيف، من السابعة، منهم من نسبه إلى الكذب. انظر: ترجمته في: ، وميزان الاعتدال 326/4، و ذيب التهذيب، 586/4.

[4] هو: بلال بن الحارث بن عصم بن سعيد بن قرة المزني أبو عبد الرحمان، من أهل المدينة، كان صاحب لواء مزينة يوم الفتح، توفي توفي سنة (60هـ) في آخر أيام معاوية، وعمره ثمانون سنة. انظر ترجمته في: الاستيعاب 261/1، الإصابة 170/1.

[5] القبلية بوزن ذهبية: هي ناحية من ساحل البحر بينهما وبين المدينة خمسة أيام، وقيل: من نواحي الفرع.

[6] الجلس: كل مرتفع من الأرض، ويقال لنجد جلس أيضا.انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر 286/1،

[7] الغور: ما انخفض من الأرض، يريد: أنه أقطعه وهادها ورباها. انظر: الأحكام السلطانية للماوردي، ص497.

[8] قدس: جبل معروف بنجد، وقيل: هو الموضع المرتفع الذي يصلح للزراعة، قال: حمد الجاسر: ((وليس قدس بنجد، بل في سلسلة سلسلة جبال الحجاز، وجبلا القدسين (الأبيض والأسود)، يعرفان عند العامة باسم (إدقس)، سلسلة من جبال الحجاز، تدعي اليوم جبال عوف، نسبة إلى سكا ا من حرب (وتقع بقرب خط الطول: 93/22 وخط العرض: 32/34). انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر 24/4،).

[9] رواه الإمام أحمد في "مسنده" 306/1؛ وأبو داود في "سننه"، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: إقطاع الأرضين، برقم: 3062، والبيهقي في "السنن الكبرى"، كتاب: إحياء الموات، باب: كتابة القطائع 145/6، وفي إسناد هذا الحديث: كثير بن عبد الله، قال عنه ابن عبد البر في التمهيد 237/3: "مجتمع على ضعفه، لا يحتج بمثله"، وقال عنه ابن حجر، في التهذيب 586/4،

- وجه الاستدلال:

أن النبي ρ أقطع المعادن الباطنة و الظاهرة ، فدل على جواز منح امتياز الاقطاع من معادن القبلية. و أن أمر الإقطاع فيها يعود إلى الإمام .

وأجيب عن الاستدلال ـذا الحديث:

بأن فيه كثير بن عبد الله، وهو ضعيف، لا يحتج بمثله.

2- أن المعادن التي في الأرض أقدم من ملك مالكي الأرض ، فلم يملكوا المعدن بملكهم للأرض، وعلى ذلك فإن الأرض من المعادن بمـ لة ما لم يوجف عليه خيل ولا ركاب، فيكون أمره للإمام[1] .

- عدم تكافؤ الثمرة الناتجة عن الاقطاع من العمل الذي يقوم به المقطع له، مما ينتج عن الثراء الفاحش بالنسبة للمقطع له، في مقابل احتكار هذه المعادن، وحرمان بقية أفراد الأمة منها"[2]، فكان لا بد من نظر الإمام في منح امتياز إقطاعها، بناء على أن المصلحة العامة للمسلمين، إذ إن "تصرف الإمام في الرعية منوط بالمصلحة"[3].

التـرجيـح:

يترجح القول الثاني، القائل بأن الأمر في منح الامتياز في المعادن يعود إلى نظر ولي الأمر، فهو الذي يمنح الامتياز للناس بحسب المصلحة العامة لهم؛ وذلك لوجاهة أدلتهم؛ ولأن القول بالمنع مطلقا فيه تضييق على الناس، وربما لا تقدر بعض الدول أو الجهات الرسمية على استغلال الموارد المعدنية الباطنة، فيكون في منح امتياز الاقطاع بإذن الإمام حل لمثل هذا الأمر.

وكذلك فإن القول بجواز منح امتياز الاقطاع لهذه المعادن إقطاع تمليك فيه نظر؛ لأن فيه امتيازا لطائفة من الناس ـذه المعادن الثمينة، واستغلالا لحاجة الناس لأن فيه ضررا بالمسلمين وتضييقا عليهم، فلو ملكه أحد لضيق على الناس، فإن أخذ العوض عنه أغلاه، فخرج عن الموضع الذي وضعه الله من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة"[4]، "ولأن هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة، فلم يجز إحياؤه ولا إقطاعه ، والإسلام يحرص على العدل بين أفراد ا ـتمع، ، لا سيما في هذا العصر الذي ظهرت فيه أهمية المعادن

ضعيف، منهم من نسبه إلى الكذب"، انظر: معالم السنن،260/4.وحسنه الألباني في "صحيح سنن أبي داود" برقم: 2632و2633، وكذا في "الإرواء" 313/3.

(1) الشرح الكبير، ج1، ص486 .

(2) مقومات الاقتصاد في الإسلام، ص69.

(3) المرجع نفسه، ص 259.

(4) انظر: المغني 155/8، 156.

المستخرجة من باطن الأرض، إذ كان اختلاف الفقهاء فيما مضى على أساس ما كان يجد الناس من كميات قليلة محدودة من هذه المعادن.

أما بعد اكتشاف المناجم الكبيرة بالآلات، والخبرة الفنية، سواء كانت المعادن جامدة أم سائلة، فينبغي أن نقيسها على حادثة الملح الواردة في الحديث"[1] ونجعلها للمسلمين جميعا، لذا كان لزاما أن يناط الأمر بإمام المسلمين، ليتصرف في منح امتياز الاقطاع المنتفع به بما يراه محققا للمصلحة العامة.

الفصل الخامس: أحكام امتياز الحقوق غير المالية

الحقوق غير المالية هي حقوق ليست ذات قيمة مالية. فهي لا تظهر في عناصر ثروة الشخص،وهي ليست أموال بل هذه الحقوق لاصقة بشخصية صاحبها، فلا يجوز بيعها ولا هبتها ولا المقايضة عليها، ولا يجوز للدائنين الحجز عليها بخلاف الحقوق المالية[2] .

تتمتع هذه الحقوق بصفة الامتياز ، حيث تخول صاحبها الأولوية في التقدم على سائر الحقوق، ولا يكون لصاحبها حق ماليا فيه ، بل سلطة معنوية ، يتعلق محل الحق فيها بالذمة دون أن يتحدد ا، فيتقرر حق الامتياز عليها لمصلحة جديرة بالحماية .

ومن الحقوق الممتازة التي تناولتها بالبحث و الدراسة في هذا الفصل :

امتياز حق الاولياء .

امتياز حق الاوصياء .

امتياز حق الأم بالحضانة .

امتياز حق الزوج بالرجعة .

المبحث الأول: امتياز حق الأولياء

---

[1] تخريج الحديث في ص 264.

[2] راجع : عصام أنور سليم: نظرية الحق، ص30، الدسوقي: نظرية الحق في القانون المدني، ص375.

تتنوع الولاية إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة، فقد تكون ولاية عامة كولاية القاضى وخاصة كولاية الأب والجد. وقد تكون ولاية قاصرة (ولاية الشخص على نفسه و هي لا تنفك عن أهلية الأداء) وولاية تامة متعدية (التي تخول للإنسان التصرف في شؤون غيره و لو جبرا) . وهذه الولاية على ثلاثة أنواع: 1-ولاية على النفس . 2- ولاية على المال.3- ولاية على النفس و المال معا. [1].

وتقسيم الولاية إلى ولاية على النفس، وولاية على المال هو تقسيم المذهب الحنفي[2]. أما الجمهور فإن الولي على النفس هو الولي على المال.[3]

والمقصود بامتياز الأولياء، بيان الأولوية في استحقاق حق الولاية أصالة ، ومن يشاركه في هذا الامتياز نيابة عن الغير، عند تعدد الأولياء. ويقتضي ذلك بيان الأحق بالولاية أولا ومن يشاركه في هذا الحق بذكر مراتب الأولياء ثانيا .

المطلب الأول تعريف الولي.

الفرع الأول: تعريف الولي لغة:

قال ابن فارس: الواو واللام والياء: أصل صحيح يدل على قرب. من ذلك الوْلْيُ: القرب. يقال تباعد بعد ولْي: أي قُرب. وجلس مما يليني: أي يقاربني[4].

وذكر الفيروزآبادي أن للولي معان منها: القرب والدنو، والمطر بعد المطر، وأن الاسم منه: الولي، ومعناه: المحب والصديق والنصير. والمصدر منه ولاية، أما الولاية بالكسر فهي الخطة والأمارة والسلطان[5].

وقال ابن الأثير: وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة على الفعل، وما لم يجتمع ذلك فيها لم يطلق عليه اسم الوالي[6].

وذكر الزبيدي أن الولي له معان كثيرة منها: الذي يلي أمرك، والمحب ضد العدو، ومنها الصديق، ومنها النصير، والناصر، والرب لتوليه أمور العالم بتدبيره وقدرته، والمنعم، والمنعم عليه، والمحب، والتابع،

---

(1) أحمد فوج حسين : أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت،1988، ص 254.

(2) العناية ج 3 ص 185 ، الدر المختار ج 2 ص 295 ، الأسباه و النظائر ص 156 .

(3) الشرح الصغير ج 3ص 389 ، المهذب، ج 1 ص 328 ، مغني المحتاج، ج 2، ص 173 ، المغني ج 6 ص 612 ، كشاف القماع ج 3 ص 434

(4) معجم مقاييس اللغة ج 6 ص141، مادة "ولى".

(5) القاموس المحيط ج 4ص583، مادة "الولي".

(6) النهاية في غريب الحديث والأثر ، ج 5ص227

والصهر. وأن الولاية لها معان منها: الخطة والإمارة والسلطان. وأن المولى له معان منها: المالك، والعبد، والمُعتق، والمُعتق، والصاحب، والقريب، والجار، والحليف، والا يل، والشريك[1].

الفرع الثاني: تعريف الولي اصطلاحاً.

لم يعن الفقهاء القدامى بتعريف الولي ، بل ذكروا معنى الولاية و ذلك في أكثر من موضع في باب النكاح، والوصايا، والحجر، وغيرها من أبواب الفقه، وفيما يلي ذكر بعض من نص على تعريف الولي أو الولاية من الفقهاء .

عرف صاحب الدر المختار الولي بأنه:" البالغ العاقل الوارث ولو فاسقاً على المذهب، ما لم يكن متهتكا". وعرف الولاية بأ ا: تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى[2].

وقد اعترض على هذا التعريف بعدة أمور[3].:

1-أنه غير مانع لأن التنفيذ لا يعبر عن تعريف الولاية، فالولاية صفة تقوم بالشخص، والتنفيذ أثرها لا حقيقتها.

2-أنه غير جامع لأفراد المعرف، لأن القول لا يشمل التصرفات الفعلية، والولاية تتناول القول والفعل معاً.

3-أنه لا يتناول ولاية الشخص على نفسه وماله، مع أن الشخص يكون ولي نفسه وماله قبل أن يكون ولي غيره.

4-قوله (شاء أو أبى): يدل على أن المعرف هنا نوع واحد من أنواع الولاية وهي ولاية الإجبار، فلم تدخل الولاية بمعناها العام.

قال ابن عرفة: الولي: من له على المرأة ملك، أو أبوة، أو تعصيب، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أو ذو إسلام[4].

ويلاحظ من التعريف، أنه عرف الولي بمعناه العام كمن يملك تزويج ابنته، وكالتعصيب: كالأخوة للأب أو الشقيق، وكالعمومة، وكالإيصاء: أي من أسند إليه الإيصاء، أب أو وصي،

([1]) تاج العروس ،ج40ص241 – 245)، مادة "ولي"، لسان العرب ،ج15، ص406، مادة "ولي".

([2]) حاشية ابن عابدين ،ج3ص55، انظر: البحر الرائق ،ج3، ص117.

([3]) انظر :المدخل الفقهي العام ج 2 ص 845 . حافظ محمد أنور ، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، سنة 2000م، ص14.

([4]) شرح حدود ابن عرفة ،ج1، ص241.

وكالكفالة: أي من تقرر عليها كفالة بمن له نظر عليها، وكالسلطنة: أي من تقرر عليها نظر من سلطان وهو القاضي، وكالإسلام وهو أعم الولاية[1].

عرفها ابن المبرد الولي بأنه: من له ولاية على المرأة[2].

أو من يلي أمر المرأة وهو المسلم العاقل البالغ العدل الذكر الرشيد[3].

و عرف بعض المعاصرين الولاية بتعريفات متقاربة أذكر منها:

-قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شئونه الشخصية والمالية(4).

- سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها بحيث تصبح لازمة[5].

- القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد ، ويسمى متولى العقد الوالي.[6]

المطلب الثاني :أسباب الولاية.

أشارت بعض كتب الفقه إلى أسباب الولاية مثل ما ورد في تعريف ابن عرفة [7]، وهي: (إما ملك، أو أبوة، أو تعصيب، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أو ذو إسلام). إلا أن هذه الأسباب منها ما زال قائما وموجودا بين الناس في زماننا، ومنها ما اندثر ولم يعد له وجود. وبالتالي فلا يحتاج إلى التوقف عنده. وذلك مثل سبب "الملك" فهو غير موجود في عصرنا لانتفاء ملك الرقيق.

وأما سبب الأبوة فواضح.

وأما سبب التعصيب فقد اشترط أكثر الفقهاء أن تكون القرابة بين المرأة ووليها قرابة عصوبة، وذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن مطلق القرابة يكفي، كما سيأتي بيان ذلك في ترتيب الاولياء .

وأما سبب الإيصاء فناشئ عمن أسند إليه الإيصاءَ أب أو وصي. وقد اختلف الفقهاء في قوة سبب الوصاية، أي: هل يكون الوصي وليا في التزويج أم لا؟.

([1]) المرجع نفسه، ص241 – 242.

([2]) الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي، ج 3، ص616.

([3])انظر: الإنصاف،ج8، ص72–73، كشاف القناع، ج5، ص53–54، المغني ،ج7، ص16- 17.

([4])المدخل الفقهي العام –،ج2 ص 817.

([5]) أحمد فراج حسين: الولاية على النفس، ص 4،).

([6]) الفقه الإسلامي و أدلته ، ج 7، ص746.

([7]) شرح حدود ابن عرفة ، ص 218 .

المبحث الثاني: حكم امتياز الأولياء

المطلب الأول الولاية على النفس

وتقسيم الولاية إلى ولاية على النفس، وولاية على المال هو تقسيم المذهب الحنفي[1]. أما الجمهور فإن الولي على النفس هو الولى على المال.[2]

الفرع الأول: تعريف الولاية على النفس

الولاية على النفس تشمل مجموعة من التصرفات المتعلقة بشخص المولى عليه وهي بهذا المعنى تخوله الحق في تزويجه وتأديبه وتعليمه والعناية به فتدخل فيها الولاية الخاصة -الزواج- ولعل هذا ما عناه

([1]) العناية، ج 3، ص 185 ، الدر المختار، ج 2، ص 295 ، الأسباه و النظائر، ص 156 .

([2]) الشرح الصغير، ج 3، ص389 ، المهدب ج 1 ص 328 ، مغني المحتاج، ج 2، ص 173 ، المغني ج 6، ص 612 ، كشاف القماع ج 3، ص 434.

الزيلعي في تبيين الحقائق[1] بقوله :" الأولياء جمع ولي ، وهو من الولاية .أي الولاية المتعدية على النفس وهي تنفيد الحكم على الغير شاء أم أبى ".

ومن تعريف الولاية يؤخد تعريف الولي في مسألة الزواج فقال ابن عرفة :" الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو الإسلام"[2].

الفرع الأول: لأحق بالولاية و مراتب الأولياء[3].

المقصود بذكر مراتب الأولياء وتقدم بعضهم على بعض في استحقاق الولاية عند تعددهم بيان من هو الأولى في استحقاق الولاية والتقدم على غيره. وقد اختلفت مذاهب الأئمة في هذه المسألة وهذا ملخص ما ورد فيها.

تثبت الولاية كقاعدة عامة للأقرب فالأقرب من العصبات على حسب ترتيبهم في الميراث.

وقد اتفق الفقهاء على ثبوت ولاية النكاح للعصبات من أقرباء النسب إلا الابن[4]، واتفقوا على تقديم العصبات على غيرهم من ذوي الأرحام، ثم اختلفوا في ثبوت ولاية النكاح لذوي الأرحام[5].

أما ترتيب الأولياء بينهم في ولاية النكاح فهذا مما اختلف فيه الفقهاء اختلافاً كبيراً حتى صار من الصعب التفصيل في أقوال الفقهاء في هذه المسألة، لذا سأذكر مذاهب الفقهاء على سبيل الإجمال. و سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة هو عدم وجود نص صحيح صريح يبين بوضوح ترتيب الأولياء في النكاح، وكذلك قياسهم على العصبات في الميراث، وفي ذلك خلاف أيضا بين الفقهاء.

أولاً: الحنفية:

---

(1) تبين الحقائق، ج5، ص 220.

(2) شرح حدود ابن عرفة ، ص 218 .

(3) بيان ذلك على وجه العموم لأن في هذا الموضوع مسائله متفرعة كثيرة وليس هذا مجال بسطها، ولذلك سأذكر في هذا المبحث ما يتعلق بموضوع بحثنا مع الإحالة إلى مظا ا في كتب الفقهاء.

(4) يرى الحنفية أحقية الابن على أبيه في ولاية النكاح وكذا المالكية إن لم تكن المرأة في حجر أبيها، ويرى الشافعية والحنابلة، والمالكية إن كانت في حجر أبيها: تقديم الأب على الابن. انظر في هذه المسألة: المبسوط (220/4)، وحاشية الخرشي (180/2)، ومغني المحتاج (151/3)، والمغني (10/7 – 11).

(5) قال بثبو ا أبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه، وخالفه الجمهور. انظر: المبسوط (223/4)، والأم (14/5)، والمغني (13/7).

لا يختلف ترتيب العصبات في ولاية النكاح عن ترتيبهم في الميراث، فيقدم الابن فابنه وإن نزل، ثم الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب. وخالف في هذا الترتيب محمد بن الحسن فقال بتقديم الأب على الابن(1).

قال الكاساني في بدائع الصنائع مبينا مراتب الأولياء: (فصل، وأما شرط التقدم فشيئان: أحدهما العصوبة عند أبي حنيفة، فتقدم العصبة على ذوي الرحم سواء كانت العصبة أقرب أو أبعد، وعندهما هي شرط ثبوت أصل الولاية على ما مر. والثاني: قرب القرابة، يتقدم الأقرب على الأبعد، سواء كان في العصبات أو في غيرها على أصل أبي حنيفة. وعلى أصلهما هذا شرط التقدم لكن في العصبات خاصة بناء على أن العصبات شرط ثبوت أصل الولاية عندهما. وعندهم هي شرط التقدم على غيرهم من القرابات فمادام ثمة عصبة فالولاية لهم يتقدم الأقرب منهم على الأبعد، وعند عدم العصبات تثبت الولاية لذوي الرحم الأقرب منهم يتقدم على الأبعد. وإنما اعتبر الأقرب فالأقرب في الولاية لأن هذه ولاية نظر. وتصرف الأقرب أنظر في حق المولى عليه لأنه أشفق فكان هو أولى من الأبعد إلى أن قال: وإذا عرف هذا فنقول: إذا اجتمع الأب والجد في الصغير والصغيرة وا نون الكبير وا نونة الكبيرة، فالأب أولى من الجد (أب الأب) لوجود العصوبة والقرب. والجد (أب الأب) وإن علا أولى من الأخ لأب وأم، والأخ أولى من العم وهكذا، وعند أبي يوسف ومحمد الجد والأب سواء كما في الميراث. فإن الأخ لا يرث مع الجد عنده فكان بمنـزلة الأجنبي، وعندهما يشتركان في الميراث فكانا كالأخوين. وإن اجتمع الأب والابن في ا نونة فالابن أولى عند أبي يوسف، وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي قول أبي حنيفة مع قول أبي يوسف. وروى المعلى عن أبي يوسف أنه قال: أيهما زوج جاز، وإن اجتمعا قلت للأب زوج. وقال محمد الأب أولى به. وبعد توجيه القولين قال:وأما من غير العصبات

---

(1) المبسوط (219/4)، وحاشية ابن عابدين (311/2 – 312)، البحر الرائق، ج3، ص128 ، الهداية، ج1، ص 158،155

فكل من يرث مزوج عند أبي حنيفة، ومن لا فلا. وبيان من يرث منهم ومن لا يرث يعرف في كتاب الفرائض([1]).

وبعد مرتبة القرابة تأتي مرتبة الولاء[2]، وبعدها ولاية الإمامة. فالإمام يزوج إن لم يكن هناك ولي أصلا، أو حصل من الولي عضل فتنتقل الولاية إليه لدفع الضرر. وليس للوصي ولاية الإنكاح.

ثانياً: المالكية:

يقدم الابن وإن نزل، ثم الأب، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم الجد لأب وإن علا، ثم العم وإن نزل، ثم ابن العم[3].

ويرى بعض المالكية تقديم الجد وأبيه وإن علا على الأخ وابنه[4].

وقد نص الحطاب وغيره على أن الابن يقدم على الأب إذا لم تكن المرأة محجورة[5]، أو وصية، فإن كانت محجورة أو وصية فيقدم الأب أو وصيه[6].

قال الشيخ خليل في المختصر: (وقدم ابن، فابنه، فأب، فأخ فابنه، فجد، فعم، فابنه، وقدم الشقيق على الأصح والمختار، فمولى، ثم هل الأسفل، وبه فسرت أو لا وصحح، فكافل، وهل إن كفل عشرا " أي عشر سنين" أو أربعا"أي أربع سنين" أو ما يشفق"أي أن الكفالة لا حد لزما ا، إلا ما يوجب الحنان والشفقة" تردد، وظاهرها" أي ظاهر المدونة" شرط الدناءة، "أي أن الدناءة شرط في قبول ولاية الكفالة" فحاكم، فولاية عامة مسلم، وصح ا" أي بالولاية العامة" في دنيئة مع خاص لم يجبر "أي مع الولي الخاص غير ا بر" ،كشريفة دخل وطال "أي إن دخل ا وطال صحت الولاية العامة مع وجود الولي الخاص"[7].

ثالثاً: الشافعية

([1]) بدائع الصانع مج2، ص209.

([2]) وهذه المرتبة من الولاية لم يعد لها وجود فلا حاجة إلى التوقف عندها .

([3]) المعونة (730/2)، وقوانين الأحكام الشرعية (322).

([4]) حاشية الدسوقي (225/2).

([5]) أي إذا كانت صغيرة مطلقاً، أو بكراً بالغاً، أو ا نونة البالغ بكراً أم ثيبا، المقصودة هنا الأخيرة. الولاية في النكاح (75/2).

([6]) مواهب الجليل (429/3)، والشرح الكبير (225/2).

(7) مختصر الشيخ خليل، ص110.

ذكر النووي ترتيب الأولياء بأنه: يقدم الأب، ثم أبوه وإن علا، ثم الأخ الشقيق، أو الأخ لأب، ثم ابن الأخ وإن نزل، ثم العم الشقيق، أو العم لأب، ثم ابن العم وإن نزل، ثم سائر العصبات بحسب الترتيب في الإرث. ثم استثنى ثلاث مسائل:

الأولى: الجد يقدم على الأخ، هنا بخلاف الميراث.

الثانية: الأخ الشقيق يقدم على الأخ لأب في الإرث، وهنا قولان: الأظهر وهو الجديد: يقدم أيضا، والقديم يستويان.

الثالثة: الابن يقدم في الميراث، وهنا لا ولاية له بالبنوة، فإن شارك المرأة في نسب كابن هو ابن ابن عمها فله الولاية بذلك[1].

وللشافعية تفصيل وتوسع في هذه المسائل[2].

قال النووي في منهج الطالبين: (وأحق الأولياء أب، ثم جد، ثم أبوه"يعني جد الآب" ثم أخ لأبوين أو لأب، ثم ابنه، وإن سفل، ثم عم، ثم ابنه، وإن سفل، ثم سائر العصبة كالإرث. ويقدم أخ لأبوين على أخ لأب في الأظهر، ولا يزوج ابن ببنوة، فإن كان ابن ابن عم أو معتقا أو قاضيا زوج به، فإن لم يوجد نسيب زوج المعتق ثم عصبته كالإرث. إلى أن قال: فإن فقد المعتق وعصبته زوج السلطان، وكذلك يزوج إذا عضل القريب[3].

رابعاً: الحنابلة:

يقدم الأب، ثم الجد وإن علا، ثم الابن، ثم ابن الابن وإن نزل، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق ولأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق ولأب، ثم سائر العصبات بحسب ترتيب الإرث[4].

وذكر ابن قدامة والمرداوي بعض الروايات الأخرى منها: تقديم الابن وابنه على الأب والجد، وتقديم الابن على الجد، وتقديم الأخ على الجد، واستواء الأخ والجد، واستواء الابن والأب[5].

قال ابن قدامة في متن المقنع: (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها ثم أبوه وإن علا، ثم ابنها وابنه وإن سفل، ثم أخوها لأمها وأبيها، والأخ للأب مثله، ثم أولادهم وإن سفلوا، ثم العمومة ثم أولادهم وإن

---

(1) روضة الطالبين (405/5 – 406).

(2) انظر: الأم للشافعي (13/5 – 14)، ومغني المحتاج (151/3).

(3) منهاج الطالبين مع حاشيتي قليوبي وعميرة ج3، ص 224-225.

(4) المغني (10/7 – 12).

(5)المغني (11/7 – 12)، والإنصاف (69/8 – 71، كشاف القناع ج3 ص 28.

سفلوا، ثم عمومة الأب،ثم الولي المسلم ثم أقرب عصبته به ثم السلطان. ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضرا. وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلا أو كافرا أو عبدا، زوجها الأبعد من عصبتها.

قال في الشرح: فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان، فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل بإذ ا[1].

هذه مراتب الأولياء في ولاية المكاح عند الفقهاء اتفاقاً واختلافاً .

ففي المذهب الحنفي تثبت ولاية النكاح لكل قريب على اختلاف بين فقهاؤه في مدى القريـب، فإن الترتيب بين الأقارب جرى كما هو في الميراث فالأبعد محجوب بالأقرب، وأولى ذه الولايـة هـو العصبة، فإن زوجها الأب أو الجد -الصغير أو الصغيرة ـ، فلا خيار لهم بعد البلوغ. وإذا اجتمع فى ا نونة أبوها وابنها فالأولى بالتقديم ابنها فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: أبوها لأنه أوفر شفقة من الابن. وهم لا يجيزون للولى إجبار البكر البالغة على النكاح.

وذهب المالكية إلى أن أولى العصبة للتقديم في ولاية النكاح هو الإبن ثم إبنه وإن نزل، ثم الأب، ثم الإخوة وأولاهم الشقيق ثم الأب، ثم الجد وإن علا، ثم سائر العصبة على ترتيب الإرث فمرتبة الجـد لأب بعد مرتبة الإخوة وأبنائهم.

أما الشافعية والظاهرية فأولى العصبة بالتقديم في ولاية النكاح هو الأب ثم الجد للأب وإن علـت درجته ثم الأخ الشقيق، ثم سائر العصبة على ترتيب الإرث، غير أن الأب لا ولاية له على أمه إلا إذا كان ابن عمها أو صاحب سلطة عامة، فالجد عندهم له مرتبته عندهم بعد الأب، ولا ولاية للإبن.

أما الحنابلة: فأولى الناس بالتقديم في ولاية النكاح هو الأب ثم الجد لأب وإن علا، ثم الإبن وابنه وإن نزل، ثم الأخ الشقيق، ثم سائر العصبات على ترتيب الإرث، فالابن عندهم له ولاية ولكن بعد الجد، وبعد الأب والجد والابن تترتب الولاية على ترتيب الإرث

- أدلة

([1]) المغني والشرح الكبير، ج7، ص346.

استدل الحنفية[1] بأن الوراثة نوع ولاية، لأن الوارث يخلف الموروث ملكا وتصرفا، والوراثة هـي الخلافة في التصرفات، وأقوى أسباب الوراثة هي للعصوبة،.

ودليل الشافعية على قولهم أن مبنى الولاية على النظر والشفقة، والأب أكمل نظرا وأوفر شفقة من سائر العصبات[2] ثم يليه في هذا المعنى الجد لأب لأنه كالأب في كمال نظره ووفور شفقته ثم يلي الجـد الإخوة.

أما الإبن فلا يلي نكاح أمه بسبب البنوة، لأن الولاية تثبت للأولياء لدفع العار عن النسـب، ولا نسب بين الابن وأمه.

ودليل الحنابلة: أن الأب أكمل نظرا وأوفر شفقة فوجب تقديمه في الولاية على الابن كتقديمه على الجد، ولأن الأب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه، فيليه في سائر ما تثبت الولاية عليه فيه، بخلاف ولاية الابن، ولذلك اختص الأب بولاية المال، ولأن الجد أب الأب كالأب في كمال نظره ووفور شفقته ولهذا لا يقاد ا، ولا يقطع في سرقة مالها بخلاف الابن، أما الابن فمرتبته تلي مرتبة الجد للأب لأن له عصوبة، غير أن شفقته دون شفقة الأب والجد.

ويترجح مما سبق ذكره من الأدلة قول الحنابلة، فأولى العصبات بالتقديم على سائر العصبات بتزويج إبنته ، أبوها فجدها لأبيها فإبنها فالأخ الشقيق ثم الأخ للأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، فالعم الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم لأب وهكذا على ترتيب الإرث بالتعصيب، لأن مبنى الولاية علـى الشفقة، والترتيب الذي ترجح وهو مظنة هذه الشفقة وهو سبب امتيازه .

وفي بعض الحالات لا تراعى هذه المراتب بل تنتقل الولاية من الأقرب إلى الأبعد، وذلك إما بسبب فقد بعض شروط الولاية في الولي الأقرب، وإما بسبب غيبة الولي الأقرب بحيث يكون في مكان لا يمكن الاتصال به أو مراجعته واستطلاع رأيه إما لتعذر السفر إليه، أو لعدم إمكان السفر إليه أصلا لأي سبب كان، أو لاختفائه وعدم معرفة مكانه ويخشى من انتظاره حصول ضرر للمرأة، فإن الولاية حينئذ تنتقل إلى الولي الأبعد. وإما بسبب عضل الولي الأقرب موليته أي منعها من التزويج.

---

[1]) البحر الرائق، ج3، ص128، المبسوط، ج4، ص220 .

([2]) ماية المحتاج، ج 5، ص 132.

وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون 11/84 القديم والتي تنص على ما يلي:" يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ". فقد سوى النص بين المرأة الصغيرة و الكبيرة و يعتبر العقد باطلا إدا لم يحضره الولي ، فالمشرع بوضعه الولي ركن في عقد الزواج تجسيدا للمذهب المالكي الذي يعد وجود الولي إجباريا في عقد الزواج.

وقد رتبت المادة 11 الأولياء ترتيبا يتماشى و المذهب المالكي ،فيكون الولي هو الأب و بعده أقار ا الأولون ،و معنى الأولون الأقربون هاهنا الإبن ، ووصي الأب ، ثم الأخ فإبن الأخ ، فالجد ، فالأقربون بعد الترتيب ، و يقدم الشقيق على غيره ، فالكافل على القاضي([1]).

وقد تم تعديل المادة 11 من قانون 11 /84 إذ نصت المادة الجديدة على ما يلي:" عقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أي شخص تختاره ...." فقد أعطت هده المادة المرأة الراشدة الحق في مباشرة عقدها بنفسها ولكن بحضور الأب أو أحد أقار ا أو الشخص الدي تختاره، وهذا ما عملت به المحكمة العليا في قرار لها حيث جاء فيه مايلي :" حيث أنه فيما يخص الولي فللأخ أن يكون وليا على أخته في عقد زوجها كما هو في الشأن في الدعوى الحالة تيابة عن أبيه إن كان هدا الأخير غيلا موجود لسبب أو آخر الدي قام به أخ المدعية في الطعن كولي عنها في عقد الزواج العرفي موضوع ال اع إجراء صحيح وفقا لأحكام قانون الأسرة خاصة و قد ثبت عدم حضور الأب بمجلس العقد[2] .

مع الإشارة إلى أن عبارة " أي شخص تختاره " قد تشمل الذكر والأنثى وقد يساء تطبيقها لعمومها ، ومن تم ينبغي التقييد فيما أ م من مسائل أحكام المادة 222 ق أ التي تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص قانون واضح نافي للجهالة[3].

المطلب الثاني: الولاية على المال.

الفرع الأول : تعريف الولاية على المال

---

(1) العربي بلحاج ص 125 .

(2) انظر العربي شحط عبد القادر : و غيره : قانون الأسرة مدعم بمبادئ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ، دار الأديب للنشر ، الجزائر ، ص 20 .

(3) بن داود عبد القادر : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الهلال ، الجزائر.

الولاية على المال: هي الإشراف على شئون القاصر المالية من حفظ المال ، وإبرام العقود، وسائر التصرفات المتعلقة بالمال[1]

وهي الولاية في الأمور المالية التي تعود على الصغير بالنفع من سائر التصرفات. وهذه الولاية تثبت بناء على اتفاق أو عقد وصاية بعكس الولاية على النفس

و ثبوت الولاية للولي على الصغير أمر معقول و مشروع معا . فلأنه عاجز عن تدبير أموره بنفسه ، و الأب أو من يليه في الولاية قادر على ذلك لكمال رأيه وعقله، و من ثم يجب أم يقوم ا عونا للضعيف ، و غياثا للمحتاج، وكل دلك حسن عقلا وشرعا[2] .

الفرع الثاني: الأحق بالولاية على المال.

عند الحنفية الولاية المالية على الصغير تثبت للأب فوصيه، فوصى وصيه، ثم للجد فوصيه فوصى وصيه ثم للقاضى. فمن يجعله من قبله وصيا[3].

عند المالكية: فالولاية للأب، فالجد والأخ والعم إلا بإيصاء من الأب ثم وصى الأب و إن بعد أي و إن كان وصى الوصى وهكذا . فالمالكية لا يجعلون للجد حظا من الولاية على حفيده إدا تأخرت وفاته عن أبيه ؛إلا إذا كان الأب قد جعله وصيا قبل وفاته[4].

أما الشافعية فالولاية عندهم للأب ثم الجد أي إلى أبيه و إن علا ، كما هو الأمر في ولاية الزواج ، ثم لوصى الأب فوصى الجد ثم القاضى بنفسه أو أحد أمنائه ، ولا ولاية لأحد غير هؤلاء كالأم و الاخ و العم من اقارب الصغير ، إلا إن أوصى الولى المتوفى إلى أحد منهم[5].

وجعل الحنابلة الولاية للأب أو وصيه بعده أو الحاكم ، و لا ينظر في مال الصبي و ا نون مادام في الحجر[6].

([1]) المدخل الفقهي العام (818/2) ، الفقه الإسلامي وأدلته (746/7 ، 747) .

(2) أبو العينين : حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون ، ص134 .

([3]) رد المحتار، ج5، ص625 ، تبيين الحقائق، ج5، ص 220 ،حاشية الطحاوي، ج4، ص343

([4]) شرح الدردير، ج 3، ص300 ، بداية ا تهد، ج 2، ص196 .

([5]) حاشية البيجرمي، ج 2، ص 298 ،

([6]) المغني، ج 4، ص 552 ، كشاف القناع، ج 2، ص 324 .

استدلوا على امتياز الأب بمايلي :

1- أنّ الولد موهوب لأبيه ؛ قال تعالى:" **وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى**"[1].

وقال زكريا : "**رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً** "[2]، ولا شك أن الموهوب وليّ على الهبة[3].

2- أنّ الأب أكمل نظرا، وأشد شفقة من غيره، وهذا يستلزم توليته على ولده[4]

ونستخلص مما سبق ذكره من أقوال الفقهاء، امتياز الأب بالولاية المالية على ولده القاصر. وهي ولاية أصلية، ثابتة بحكم الشرع باتفاق الفقهاء [5]، لأنه أكثر الناس شفقة بالقاصر وأشدهم حرصا على مصلحته. وتعتبر ولايته على ولده حقاً له وواجباً عليه فهي حق له من جهة انه أولى الناس برعاية ولده وأعرفهم بمصالحه وأحرصهم عليها وليس للقاضي أن يسلبه هذه الولاية من غير سبب يقتضي سلبها وهي واجبة عليه من جهة أن الآباء هم أولى الناس بتحمل متاعب أولادهم وليس للأب أن يتنحى عن الولاية على ولده ما لم يكن به عجز يمنعه من القيام بتحمل أعبائها ولا بد حينئذ من موافقة القاضي على التنحي.

فأساس هذه الولاية والذي يتمايز فيها الأب، هو وفور الشفقة، وقوة المحبة للصغير ومن في حكمه والقدرة على التصرف في الأمور المالية، وذلك ما يدعو إلى العمل على حفظ ماله واستثماره، وهذا هو المراد من الولاية و الغرض الذي ينبغي تحققه منها .

المبحث الثاني: امتياز الأوصياء

---

(1) الأنبياء: 90.

(2) آل عمران: 38.

(3) المغني (356/9) .

(4) المرجع السابق ؛ كشاف القناع (446/3) .

(5) المراجع السابقة.

ولما كانت الوصاية نوع من أنواع الولاية ، كان لهدا الوصف أثر في ترتيب ولاية الوصي ؛ لذا سأذكر وصي الأب، ومراتبهم .، وذلك ضمن االفروع الآتية:

المطلب الأول: تعريف الوصي.

لم أقف في كتب الفقه على تعريف الوصي، إلا ما ورد في كتب المحدثين

ومن أشهر تعريفات المحدثين، ما يأتي:

1- عرفها الدكتور عبد الكريم زيدان بقوله: "جعل الشخص غيره وصياً بعد موته ليقوم بما يعهده إليه من أمر النظر في شئون أولاده، أو أمواله، أو تنفيذ وصاياه أو غير ذلك"[1].

- وعرف الدكتور وهبة الزحيلي الوصي بقوله: "هو الذي يختاره الشخص في حياته قبل موته للنظر في تدبير شؤون القصر المالية"[2].

الوصي هو من أقيم مقام غيره للنظر في شؤون تركته و أمور أولاده الصغار بعد وفاته، يقال وصيت إلى فلان ، أي أعطيته حق التصرف بعد موتك فيما كان لك من حق التصرف فيه، طقضاء الديون و اقتضائها ورد الودائع و استردادها ، و تفريق وصيتك، والولاية على أولادك الصغار، والنظر في أموالهم و التصرف فيها بما يحفظها لهم من الضياع و النقصان ....)[3].

الفرع الثاني: أنواع الأوصياء

وصي الأب:

لم يُعرف الفقهاء القدامى وصي الأب بتعريف معين؛ وذلك لأنه كان معروفاً لديهم، وإنما تحدثوا عما ما يتعلق به من اختصاصات، وتسميته بوصي الأب هو تعبير جمهور العلماء، ويسمى عند الحنفية (الوصي المختار)[3]، أما المحدثون فقد عرفوا وصي الأب بتعريفات[4] من أشهرها:

تعريف بدران أبو العينين بقوله: "هو من يقيمه الأب خليفة عنه في الولاية على أولاده القصر"[5]. و يسمى الوصي المختار .

شرح التعريف:

قوله (من يقيمه الأب): المقصود بالأب هنا الموصي، والذي يعينه هو الوصي.

([1]) **زيدان: المفصل (4.3/10).**

([2]) الزحيلي: الفقه الإسلامي (131/8.

([3]) أبو العنين: حقوق الأولاد، ص176.

قوله (خليفة): إشارة إلى أن الوصاية خلافه فتنقل جميع تصرفات الأب إلى الوصي على مذهب الحنفية.
قوله (عنه): أي الموصي حال موته، أو غيابه.
قوله (في الولاية): جنس في التعريف يشمل جميع ولايات الموصي.
قوله (على أولاده القصر): قيد خرج به أولاده الراشدين. المرجع اسماعيل هنية

المطلب الثاني: امتياز الأوصياء ومراتبهم.

سلطة الوصي سلطة نيابية: وهي التي يستمدها صاحبها من شخص آخر كالوصي الذي يستمد ولايته من الأب أو من الجد أو من القاضي [1] وقد اختلف الفقهاء فيمن له الولاية على مال القاصر بعد الأب .

فذهب الحنفية إلى أن أولى الأولياء بعد الأب، وصيه ثم وصي وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم القاضي ثم وصي القاضي[2].

وقال المالكية : أن أولى الأولياء بعد الأب ، وصيه ثم وصي الوصي وإن بعد ثم للحاكم أو وصيه ولا ولاية للجد ولا للأخ ولا للعم إلا بالايصاء من الأب[3].

وقال الشافعية: الولاية للأب ثم للجد ثم لمن يوصي إليه المتأخر منهما ثم للقاضي أو أمينه لقوله ρ " السلطان ولي من لا ولي له"[4].

وقال الحنابلة: الولاية تكون للأب لكمال شفقته ثم لوصيه لأنه نائب الأب أشبه وكيله في الحياة ثم بعد الأب ووصيه فالولاية للحاكم لانقطاع الولاية من جهة الأب فتكون للحاكم كولاية النكاح لأنه ولي من لا ولي له ولا ولاية للجد والأم وباقي العصبات[5].

فقد فضل الحنفية وصى الأب على الجد مع وجوده ، لأن الأب حين يختار وصيا مع وجود الجد، فيعني ذلك أنه لا يثق بالجد و هو أعلم و أخبر بشؤونه في هذا الموضوع. والجد وافر الشفقة على حفيده إلا

([1]) علي حسب الله، الولاية على المال والتعامل بالدين في الشريعة الإسلامية.
([2]) بدائع الصنائع، ج5، ص 155.
([3]) الشرح الصغير، ج4، ص 508 – 510.
([4]) مغني المحتاج، ج5، ص179 .
([5]) كشف القناع، ج3، ص334.

أنه في هذا دون الأب، و لهذا يتأخر عن الأب؛ كما يتأخر عن وصيه أيضا، لأن ولاية الوصى هي ولاية الأب[1].

و الولاية للجد الصحيح إذا لم يترك وصيا ، وكذلك تنتقل بعد وفاة الجد إلى وصيه ثم إلى وصى وصيه . فإن لم يكن انتقلت إلى القاضي حيق يعين وصيا على القاصر يتولى أموره. ولا ولاية للجد .

وعند المالكية والحنابلة، فبعد الأب هي لوصيه المختار، فإن لم تكن كذلك تنتقل إلى القاضي، حيث يعين من يرى فيه الكفاءة لهذا العمل. وعند الشافعية ،الجد مقدم على وصي الأب، فإذا مات الأب انتقلت الولاية على مال الصغير إلى الجد رغم وجود الوصى، لأنه أكثر حرصا على مصلحته وبعد وفاة الجد تنتقل إلى وصي الأب أو وصي الجد .

الفرع الثاني: حكم امتياز الوصي

اتفق الفقهاء على أن الولاية المالية على الصغاربعد الأب ؟، تكون لوصي الأب بعد موته، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك إلى من ستكون الولاية من الأوصياء بعده، على أربعة أقوال، هي:

القول الأول: أن ولاية المال على الصغار بعد موت الأب تكون لوصي الأب (الوصي المختار)، ثم لوصيه، ثم لوصي وصيه، ثم للجد ثم لوصيه، ثم وصي وصيه، ثم القاضي، ثم وصيه، وهو مذهب الحنفية[2].

القول الثاني: أن الولاية المالية على الصغار بعد موت الأب تكون لوصي الأب، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، وإنْ بعد، ثم القاضي أو وصيه، ولا ولاية للأم والجد والأخ والعم إلا بإيصاء من الأب، واشترط الحنابلة في القاضي الأمانة والعدالة، وهو مذهب المالكية والحنابلة[2].

القول الثالث: أن الولاية على مال الصغار بعد موت الأب تكون لوصي الأب، أو الجد -أي من تأخر موته منهما لقيامه مقامه- ثم القاضي العدل الأمين أو وصيه، ولا ولاية للأم والعم والأخ وغيرهم إلا بإيصاء من الموصي، وهو مذهب الشافعية [3].

القول الرابع: أنّ الولاية تثبت للأم بعد الأب والجد، ثمّ تكون للأقرب من العصبات بالنفس، وهو قول أبي سعيد الإصطخري [3] من الشافعية ، ورواية عن أحمد[4]، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية[1].

([1])راجع :حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون ، ص 144.

([2]) النرجع نفسه الكاساني: البدائع (589/6).

([3]) المهذب (328/1) ؛ روضة الطالبين (475/3) .

([4]) الإنصاف (324/5) ؛ معونة أولي النهى (568/4) .

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول القائلين بترتيب الولاية المالية لوصي الأب، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم الجد، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم القاضي ووصيه، ولا ولاية للأم والأخ والعم إلا بإيصاء من الأب أو الجد:

من المعقول:

قالوا: إن ترتيبهم هذا قائم على أن الصغار يعجزون عن القيام بشئو م بأنفسهم؛ لذلك احتاجوا إلى من يقوم ا، فكان مبنى ترتيب الأولياء على الشفقة، فالأب أشفق الناس بصغاره ثم وصيه؛ لأن الأب اختاره ورضيه، ثم الجد؛ لأنه أقرب الناس إلى الصغار، فتأتي الشفقة من جانب القرابة، ثم القاضي؛ لأنه أولى الناس بالولاية بعد ذهاب الأقارب[2].

أما دليل عدم ولاية الأم والأخ والعم:

أن الأم وإن كانت وافرة الشفقة إلا أ ا ليس لها كمال الرأي ولقصور عقل النساء عادة، وأما الأخ والعم فلقصور شفقتهما[3].

ويمكن أن يناقش :

بأن الأم أكثر شفقةً فتقديمها في الولاية أحق.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني القائلين بترتيب الولاية المالية لوصي الأب، ثم لوصيه، ثم وصي وصيه، وإنْ بعد، ثم القاضي أو وصيه، ولا ولاية للأم والجد والأخ والعم إلا بإيصاء من الأب بالقياس والمعقول[4].

أولاً: القياس.

([1]) الإنصاف (324/5) ؛ الاختيارات الفقهية ص (137) .

([2]) ا اية المحتاج (105/6).

([3]) فتح القدير (174/3) .

([4]) البدائع (590/6).

قاسوا ولاية الوصي المالية على الصغار على ولاية الوكيل بالنكاح في حالة وجود الأب، فكما أن الأب يوكل في النكاح من ينوب عنه، فكذلك وصي الأب ينوب عنه بعد موته، والعلة الجامعة بينهما النيابة عن الأب بالتوكيل.

ثانياً: المعقول.

فقد جعلوا مبنى ترتيب الولاية المالية على الصغار كمال الشفقة، فكلما كملت الشفقة كان أولى من غيره حتى تتناقص وتصل إلى الزوال[1]. وأما الحاكم؛ فلأنه ولي من لا ولي له[2]؛ لحديث عائشة رضي الله عنها مرفوعا : ((السلطان ولي من لا ولي له)) [3] .

واستدلوا على عدم ولاية الجد والأم والأخ والعم:

حيث قالوا: إن الجد لا يدلي بنفسه، وإنما يدلي بالأب، فهو كالأخ؛ وكذلك لأن المال محل الخيانة وعدا الأولياء الذين ذكروا غير مأمونون على المال[4].

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب القول الثالث القائلين بترتيب الولاية المالية لوصي الأب أو الجد -من تأخر موته منهما- ثم القاضي أو وصيه، ولا ولاية للأم والعم والأخ وغيرهم إلا بإيصاء من الموصي، بالمعقول:

- المعقول:

([1]) البدائع (590/6).

([2]) المبدع شرح المقنع (336/4) .

([3]) سنن أبي داود كتاب النكاح باب في الولي (229/2) برقم (2083) ؛ سنن الترمذي كتاب النكاح باب ما جاء لا نكاح إلا بولي (407/3) برقم (1107) ؛ سنن ابن ماجه كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بوليّ (605/1) برقم (1879) ؛ ومسند أحمد (166/6) برقم (25313) ؛ المستدرك للحاكم كتاب النكاح (168/2)؛ سنن الدارقطني كتاب النكاح (221/3) ؛ مسند الطيالسي برقم (1463) ؛ كلهم عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عنها به . وكلهم ثقات من رجال الشيخين إلا سليمان بن موسى فإنه صدوق فيه لين كما في التقريب ص (255) ، وقد تابعه الحجاج بن أرطأة عن الزهري به كما في سنن ابن ماجه كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي (605/1) برقم (1880) ؛ ومسند أحمد (260/6) برقم (26225) والحجاج صدوق كثير الخطأ كما في التقريب ص (152) . وللحديث شاهد من حديث ابن عباس أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط كما في مجمع الزوائد (285/4) . وقد صحح الحديث الألباني في إرواء الغليل (244/6) .

([4]) بلغة السالك (333/4)، البهوتي: كشاف القناع (483/3

قالوا: إن منشأ ترتيب الولاية القرابة، ثم يتخير الولي الأشفق في نطاق الأقارب، فالأب هو أشفق الناس، ثم أوصياءه، وكذا الجد، فإذا سقطت الولاية من جهة القرابة فتثبت للسلطان من جهة الشرع.

استدل على ولاية الجد بأنه أب في الحقيقة وإن علا ؛ لأن له إيلادا[1] ؛ قال تعالى : "**مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ** "[2]. وإذا ثبتت الولاية للأب فليكن الجد كذلك لاشتراكهما في الأبوة .

ونوقش:

بأن الجد لا يدلي بنفسه وإنما يدلي بالأب فهو كالأخ، والأخ وسائر العصبات لا ولاية لهم[3] .

واستدلوا بأن الجد أشفق من غيره فوجب تقديمه[4] .

ونوقش :

بأنّ الأب لا يوصي لغير الجد إلاّ لسبب اطلع عليه[5] .

أدلة القول الرابع :

واستدل أصحاب القول الرابع بعدة أدلة منها :

بأن الأم أحد الأبوين فتثبت لها الولاية كالأب[6].ولكمال شفقتها فهي أولى من الوصي الأجنبي[7] .

واستدلوا لولاية العصبة بحجر الابن على أبيه عند خرفه[8] .

وأما عدم ولاية العم والأخ؛ لأنه ليس لهما صلة قرابة قوية تمكنهم من الولاية[9].

سبب الخلاف:

يرجع الخلاف بين الفقهاء في ترتيب الولاية المالية على الصغار إلى عدة أمور، أهمها ما يأتي:

اختلافهم في علة ترتيب الأولياء على الصغار، هل هي وفور الشفقة أم القرابة من الصغار.

([1]) المغني (67/9) .

([2]) الحج: 78.

([3]) المبدع (336/4) ؛ كشاف القناع (447/3) .

([4]) مغني المحتاج (173/2) ؛ ابة المحتاج (362/4) .

([5]) شرح العناية على الهداية (258/7) .

([6]) المهذب (328/1) .

([7]) مغني المحتاج (174/2) .

([8]) الأنصاف (324/5) .

([9]) النووي: ا موع (345).

الترجيح:

بعد عرض المسألة وآراء الفقهاء فيها وأدلة كل فريق، وسبب الخلاف، أميل إلى القول الرابع؛ وذلك لقوة أدلته ولمطابقته للحاجة والواقع؛ إذ أقارب القاصر أشفق عليه، وأعلم بحاجته من الوصي الأجنبي والحاكم، ثم إنه لا يحتاج إلى الرفع إلى الحاكم إذا لم يوجد أحد من عصباته، وأما الأقوال الأخرى فإنه لا يقام وليّ لمن فقد أباه، أو أباه وجده ، إلا من قبل الحاكم وفي هذا من المشقة ما فيه.

القائل بترتيب الولاية للأم بعد الأب والجد ، ثمّ تكون للأقرب من العصبات بالنفس، وذلك لعد أمور :

- أن علة وفور الشفقة التي استدل ا لأصحاب هذا القول تجمع بين القرابة والشفقة، وأن كمال الشفقة لا يتوفر إلا في أقارب الصغار.
- اعتبر وجود الجد ولم يخرجه عن الولاية.

وقد تناول المشرع الجزائري أحكام النيابة الشرعية في الكتاب الثاني من قانون الأسرة فعديمو الأهلية و ناقصوها (و منهم القصر طبعا) يقرر لهم القانون أشخاصا يعينون لرعاية مصالحهم و القيام نيابة عنهم بالتصرفات القانونية التي تتطلبها تلك المصالح، و هؤلاء هم النواب القانونين من أولياء وأوصياء وقوام، وهم بطبيعة الحال دائما كامل الأهلية، إذ لا يتصور أن يعهد القانون برعاية مصالح ناقصي الأهلية إلى من هو ناقص الأهلية، وإلا انتفت الحكمة من إقامة النواب القانونيين.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري، في المادة 87 على أنه: (يكون الأب وليا على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

وعليه، فإن الولاية على القاصر ثابتة قانونا للأب في المرتبة الأولى باعتباره رب الأسرة والأقدر على رعاية شؤو م، و في حالة وفاته تؤول هذه الولاية بقوة القانون دون حاجة لتدخل القاضي إلى الأم باعتبارها أحرص على مصالح أولادها، ومنح الولاية للأم هو ما أقره بعض فقهاء الشافعية و اختاره ابن تيمية.

والوصي في هذه النيابة لا ينبغي له أن يتجاوز سلطاته، لذلك رسم له المشرع الحدود التي لا ينبغي له تعديها، وكل ذلك يعتبر من مظاهر الحماية لأموال القاصر، بل أن المشرع و أكثر من ذلك نص في المادة 90 ق.أ على أنه : (إذا تعارضت مصالح الولي مع مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة.

وعليه لا يجوز إذن منح الولاية لشخص آخر مع أن الأم موجودة إلا إذا ثبت له وجود تعارض بين مصلحة القاصر و مصلحتها.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرار لهامن المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة. ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون.

ولما كان الثابت أن قضاة ا لمس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر و مصالح الولي، فإ م قد خالفوا القانون[1].

و نص قانون الأسرة الجزائري، على أنه: (يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونـ ـية، و إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون)، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالوصي المختار.

هذا و تشترط المادة 94 ق.أ عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها.

والولاية على مال الصغير هي نظام قانوني يهدف إلى حماية أمواله، وذلك بتكليف شخص معين بأن ينوب عن هذا الصغير في مباشرة التصرفات القانونية التي حرم عليه أن ينفرد بمباشر ا، لذلك نجد أن الصبي غير المميز في حاجة كاملة إلى من ينوب عنه، ذلك أنه ممنوع من إجراء التصرفات القانونية أيا ما كان نوعها، أما الصبي المميز فحاجته إلى الولاية قاصرة على ما حرم عليه أن ينفرد بإجرائه.

المبحث الثالث: امتياز حق الأم بالحضانة

الحضانة من فروض الكفايات، فلا يحل أن يترك الطفل دون رعاية ولا تربية، فيهلك أو يضيع أو يصيبه الأذى، ولا يكون فرض عين إلا على الأب وحده أو الأم في سنتي الرضاع، ذلك أن الطفل الصغير في هذه المرحلة يحتاج إلى رعاية كبيرة و صبر طويل في جميع شؤونه آناء الليل وأطراف النهار، فإن كان بين والديه ينعم بحنا ما و يرفل في عطفهما. وإن حصل موت أحدهما أو شقاق بينهما تتعثر معه استمرار الحياة الزوجية، فقد يطالب كل من الأب و الأم ضم الطفل إلى حضانته، فما حكم الشرع في هذا ؟ ومن الأحق بحضانة الطفل؟ ومن يقدم في الاستحقاق عند التزاحم بين مستحقي الحضانة ؟

---

(1)جمال مرسي بدر. النيابة في التصرفات القانونية- طبيعتها و أحكامها و تنازع القوانين فيها. دار الفكر العربي. 1980. ص 40. .40

وإن أقرت الشريعة حق الأب و قرابته في الولاية على النفس مبدئيا، إلا أ ا عنيت باشتراك النساء في هذه الولاية، بما يسمي حق الحضانة التي فضلت به الأم وقرابتها من النساء الحاضنات.

المطلب الأول: تعريف الحضانة لغة و اصطلاحا

الفرع الأول: الحضانة لغة:

بفتح الحاء أو كسرها، وهي مأخوذة من الحضن، وهو الجنب وذلك لان الحاضنة ترد إليها الصبي، ومنه الاحتضان، وهو احتمال الشيء وجعله في الحضن كما تحتضن المرأة ولدها، يقال حضن الصبي يحضنه حضنا وحضانة أي رباه وحفظه. وسميت الحضانة بذلك لما فيها من معاني التربية و الحفظ للصبي و القيام علي شؤونه.[1]

الحضنُ في أصل اللغة: ما دون الإبط إلى الكَشح؛ وقيل: هو الصدر والعضُدان وما بينهما، والجمع أَحضانٌ؛ ومنه الاحتضانُ، وهو احتمالُك الشيءَ وجعلُه في حضنِك كما تحتضنُ المرأةُ ولدها فتحتمله في أحد شقيها وهي مصدر الفعل (حضن بفتح الحاء، حضن الصبي – بفتحتين) أي تحمل مؤونته وتربيته.

والحاضن: اسم فاعل، والحاضنة الموكلة بالصبي تحفظه وتربيه، وحاضنة الصبي، التي تقوم عليه في تربيته، والحَضانة، مصدر الحاضن، والحضانة، وهي التربية والرعاية للصغير[1]

الفرع الثاني: الحضانة اصطلاحا

عرفها الحنفية بقولهم: "الحضانة شرعا تربية الولد ممن له حق الحضانة"[2]

عرفها المالكية بقولهم :"هي الكفاءة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه، وهي فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل بغير كفالة، كما ذهب إلى القول الشيخ الدسوقي بقوله: هي حفظ الولد والقيام بمصالحه، أي حفظ الولد يعني مبيته وذهابه، ومجيئه، والقيام بمصالحه من طعام ولباس وتنظيف وغيرها[3].

---

(1) ابن منظور لسان العرب مادة حضن.

(1) القاموس المحيط: ج4،ص215، باب النون، فصل الحاء، ولسان العرب، ابن منظور:ج13، ص124، والصحاح، الجوهري: ج5، ص2102، ومعجم لغة الفقهاء: ج1، ص181.

(2) رد المحتار على الدر المختار، ج 3، ص 555.

(3) حاشية الدسوقي: ج 2، ص596، على كتاب الدردير، ابن عرفة الحدود، ص200، الفاسي، شرح ميارة علي تحفة الأحكام ج1، ص268.

وعرفها الشافعية :"الحضانة هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذ يه لعدم تمييزه كطفل و مجنون وتربيته ، أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه و نحوذلك ". [1]

وعرفها الحنابلة بقولهم :"هي كفاية الطفل وحفظه من الهلاك، والإنفاق عليه وإنقاذه من المهالك[2] .

ومن خلال النظر في هذه التعريفات،نجد أ ا تدور حول معنى صيانة الطفل ورعايته بما يحتاجه من منافع، وما يدفع عنه من مضار، ويلحق بالطفل ا نون و لو كان كبيرا والمعتوه .

المطلب الثاني : الأحق بالحضانة و ترتيب الحواضن

الفرع الأول: الاحق بالحضانة

يعتمد ثبوت الحضانة على قوة القرابة، مع كثرة السفقة الداعيان إلى رعاية مصالح الطفل و توفير ما فيه نفعه وصلاحه، والقيام على حفظه وتدبير شؤونه كلها و لما كانت النساء فيهن رفق و قوة عاطفة أكثر من الرجال جعل الشارع لهن حق الحضانة ، ولكن على ترتيب خاص قائم على المعاني ، فهو لذلك درجات متفاوتة فإذا لم يوجد من الأولياء محرم للصغير انتقل حق الحضانة إلى الرجال تبعا لترتيبهم في الإرث[3] .

الفرع الثاني : ترتب الحواضن من النساء.

فإن لم توجد الأم أو وجدت ولم توجد فيها شروط الحاضنة ،فالحاضنة تستحقها غيرها من النساء حسب الترتيب التالي

1-الحنفية: الأم ، ثم أم الأم ، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات ، ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ، ثم العمات، ثم العمات بترتيب الميراث

2-المالكية : الأم، ثم الجدة لأم، ثم الخالة، ثم الجدة لأب، وإن علت ثم الأخت ثم العمة ، ثم ابنة الأخ ، ثم الوصي، ثم للأفضل من العصبة.

3-الشافعية: الأم، ثم أم الأم ، ثم أم الأب ، ثم الأخوات، ثم الخالات ، ثم بنات الأخ وبنات الأخت ، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم، وإرث من العصبات على ترتيب الإرث فهم كالحنيفية .

4-الحنابلة: الأم، ثم أم لأم، ثم أم الأب، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم ابنة الأبوين، ثم الأم، ثم خالة الأبوين ، ثم الأم ، ثم الأب، ثمة العمة، ثم الخالة ، ثم خالة الأب، ثم عمته، ثم بنت الأخ ، ثم بنت عم الأب، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب

---

(1) الشربيني : مغني المحتاج ج 3 ص 452

(2) ابن قدامه : المغمي، ج8، ص297 .

(3) أبو العينين : الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1، ص 456 .

وإن لم توجد من النساء المحارم من تصلح للحضانة أو وجدت ولم تكن أهلا لها انتقلت الحضانة إلى الرجال من العصبات مطلقا وإن كان الطفل ذكرا وإلى العصبة المحارم إن كان انثى ويرتبون في ترتيبهم مثل الميراث.

ونخلص مما ذكر سابقا أن الحضانة حق مشترك بين الأم والأب في حالة قيام الزوجتين، وإذا ما طلقت الأم تكون أولى بحضانة ولدها إن وجدت بشروط، فإن وجدت ولم تتوفر فيها شروط الحضانة ،فالحضانة تنتقل إلى أم الأم فإن لم توجد فالاستحقاق إلى أم الأب. وسبب هذا الترتيب أن أقارب الأم أكثر شفقة من أقارب الأب.

فالأساس المستحق للنساء: يعتمد على القرابة المحرمة التي تعتبر قرينة على وجود الشفقة والرحمة والعطف في الحاضن نحو المحضون و لذلك كان صاحب الحق فيها دون وجود منازع هو الأم التي لا رحيم الى ولدها أكثر منها ، ثم تأتي النسوة التي هي قريبات الأم من بعدها لأ ن أرحم الى «الخال أحد الأبوين» و لما كانت الأم بطبيعتها أحن بالمحضون من أقارب الأب من غيرها، فشفقتها لا تعد لها شفقة ، وعطفها لا يقاربه عطف .

المطلب الثالث: حكم امتياز الأم بالحضانة

استدل الفقهاء على امتياز الأم بحق حضانة إبنها بما يلي:

1-عن عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء[1]، وثديي له سقاء[2]، وحجري له حواء[3]، و إن أباه طلقني و أراد أن ي عه مني، فقال لها رسول الله ρ " أنت أحق به ما لم تنكحي"[4].

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ρ جعل للام حقا متميزا في حضانة الصغير علي حق الأب، مع اشتراكهما في ذلك الحق، يقول الصنعاني: "الحديث دل علي أن الأم أحق بحضانة ولدها إذا أراد أباه انتزاعه منها، وقد ذكرت المرأة صفات اختصت ا تقتضي استحقاقها و أو لويتها بحضانة ولدها، وقد أقرها النبيρ على ذلك وحكم لها.[5]

---

(1) الوعاء الظرف الذي يجمع فيه المتاع.

(2) السقاء القربة التي يسقى منها .

(3) الحواء اسن لكل شيء يضم غيره و يجمعه و يحويه .

(4) رواه أبو داود في كتاب الطلاق، باب من هو أحق بالولد. الحطابي معالم شرح سنن أبي داود المكتبة العلمية بيروت، ط1، 1981، ج 2-3، ص282.

(5) الصنعاني، سبل السلام، ج2، ص330.

2- ما قضى به أبو بكر الصديق τحين طلق عن عمر بن الخطاب τ زوجته أم عاصم[1] وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى كبر الغلام ، فأنطلق إلى أبي بكر فقال :« الأم ألطف و أعطف وأرحم وأحنى وأخير وأرأف وهي أحق بولدها ما لم تتزوج وقال لعمر ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر" وكان ذلك بمحضر من الصحابة.

وفي رواية أخرى أن الـ اع كان بين عمرτ وجدة الغلام بعد أن تزوجت أمه، وأنه رآه في الطريق فأخذه ، فلما تواضعا إلى أبي بكرτ قال: «ريحها و مسها وريقها خير له من الشهد عندك يا عمر» .

وفي رواية قضى أبو بكر τ لأمه ثم قال سمعت رسول الله ρ يقول:"لا توله[2] والدة على ولدها "[3].

3-من الإجماع :

قد قضى عمر بن الخطابτ في خلافته بمثل ذلك فعم عبد الرحمان بن غنم قال:"اختصم إلى عمر في صبى فقال: هو مع أمه حتى يعرب عمه لسانه فيختار".[4] فقد كان هذا قضاء أبن بكر و عمر رضي الله عنهما و لم يخالفها أحد من الصحابة في ذلك قال ابن عبد البر :"لا أعلم خلافا بين السلف من العلماء والخلف أن المرأة المطلقة إذا لم تتزوج أحق بولدها من أبيه ، ما دام طفلا صغيرا ولا يميز شيئا إذا كان في حرز وكفاية ، ولم يثبت منها فسق أحدا "[5].

قال ابن المنذر :"و أجمعوا على أن الزوجين إذا افترقا و لهما ولد أم الأم أحق يهم الم تنكح "[6].

4 - **من المعقول** سبب امتياز لأم بالحضانة أن الأم بوجه خاص، هي أوفر شفقة وحنوا من الرجال، وأقدر منهم علي تربية الصغار، خاصة في هذه المرحلة، حيث يكون الصغير عاجزا عن القيام بمصالح نفسه ، غير مدرك لما يضره، وما يفعله، و الشارع إذ أناط هذا الأمر بأم الصغير من حيث تربيته، ورعاية شؤونه، وبولده من حيث التصرف في نفسه و ماله. قال ابن القيم معللا تقديمها:"ولما كلن النساء أعرف بالتربية وأقدر عليها وأصبر وأرأف وأفرغ لها، لذلك قدمت الأم فيها على الأب، فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة و الاحتياط والنظر لهم ....."[7].

---

(1) أم عاصم هي جميلة بنت عاصم بن ثابت لن أغلخح الأنصاري و أمها الشموس بنت أبي عامر الراعب، نظر : ابن عبد البر : الاستيعاب، ج 4، ص 226 .

(2) وكل أنثى فارقت ولدها فهي واله و الوله ذهاب العقل من شده الوجد. انظر : الرازي ، مختار الصحاح، مادة وله.

(3) البيهقي السنن الكبرى، ج 8، ص 5.

(4) الصنعاني : مصنف عبد الرزاق، ج7، ص156.

(5) ابن عبد البر : الاستذكار، ج 23، ص 29.

(6) "ابن المنذر : الإجماع، ص 393

(7) ابن القيم : زاد المعاد ج 5 ص 445

وقد تطرق قانون الأسرة الجزائري لمسألة الحضانة في إحدى عشر مادة، أولاها عناية بالغة ونص علي امتياز حق الأم بحضانة ولدها في المادة ة 64 ق أ ج: "**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ثم الجدة لام ثم الجدة لأب ثم الحالة،ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**".

حددت المادة التي شملها التعديل الجديد ترتيب من له الحق في الحضانة، فوفقت المذاهب الفقهية الأربعة في إسناد الحضانة للام ثم خالفتها في المرتبة الثانية إذ جعلت الحضانة فيها من حق الأب ثم أعطت هذا الحق للأقرب درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

من النص نستنتج أن المشرع الجزائري جعل حق الحضانة: الأم بالدرجة الاولى ثم لأم الأم ثم الخالة ثم الاب ثم لأم الاب ثم الاقربون درجة.

غير انه لم يوضح المقصود بالاقربون درجة وما هو الحل إذا تعدد مستحقوا الحضانة من درجة واحدة كأخوة أو أعمام كما انه لم يعين ما هو الحل في حالة تخلي أصحاب الحق في الحضانة و عدم تقديم أحد المقربين بطلب المحكمة.من هذا يتجلى أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما خول للقاضي اختيار الأصلح انطلاقا من مصلحة المحضون التي ركز عليها كثيرا و عليه فإنه يمكن للمحكمة أن تقضي بإجبار الأم على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة مثل تلك التي لا تؤثر على ضمان مصلحة المحضون صالحه.

ترتيب الحواضن			
الحنفية	**المالكية**	**الشافعية**	**الحنابلة**
الأم	الأم	الأم	الأم
الجدة لأم	الجدة لأم	الجدة لأم	الجدة لأم
الجدة لأب	الخالة	الجدة لأب	الجدة لأب
الأخوات	الجدة لأب وإن علت	الأخوات	الجد
الخالات	الأخت	الخالات	أمهات الجد
بنات الأخت	العمة	بنات الأخت	الأخت الشقيقة أو لأم أو لأب
بنت الأخ	بنت الأخ	بنت الأخ	الخالة الشقيقة ثم لأم ثم لأب
العمات	الوصي	العمات	العمات

العصبات بترتيب الإرث	الأفضل من العصبة	العصبات	خالة الأب
ذوو الأرحام		بنت الأخ	عمة الأب
بنت عم الأب	باقي العصبة الأقرب		

المبحث الرابع: امتياز حق الرجعة

المطلب الأول: تعريف الرجعة لغة واصطلاحا.

الفرع الأول: الرجعة في لغة العرب العودة و المراجعة المعاودة ، وراجعه الكلام عاوده فيه وتراجع عاد إلي الخلف ،واسترجع منه الشيء: أخذ ما كان دفعه إليه، واسترجع عند المصيبة: أي قال إنا لله و إنا إليه أراجعون.

الفرع الثاني: تعريف الرجعة اصطلاحا

اختلفت تعريفات الفقهاء للرجعة علي النحو الأتي :

الحنفية:"استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال و فسخ السبب المنعقد لزوال الملك "[1]، ومعنى هذا أن الرجعة إبقاء على الزواج السابق لا طلاق رجعي و ليست إنشاء لعقد جديد، و لا إعادة للزواج السابق بعد زواله بالطلاق .

المالكية: "عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد"[2]

الشافعية:"رد المرأة إلى النكاح في أثناء العدة من طلاق غير بائن في الغدة "[3]

الحنابلة :"إعادة المطلقة غير البائن إلى ما كانت عليه بغير عقد "[4] .

يلاحظ بأن جمهور الفقهاء يرون بأن الطلاق ينهي العلاقة الزوجية، وبالتالي فالرجعية تكون محرمة علي مطلقها زمن العدة، و الرجعة تعيد هذه العلاقة من جديد بعد زوالها، بينما الحنفية يرون أن الطلاق لا ينهي العلاقة الزوجية أثناء فترة العدة والرجعية غير محرمة علي زوجها خلال هذه الفترة و النكاح بعد

([1])بدائع الصنائع، ج4، ص391.

([2])جاشية الدسوقي، ج 2، ص415.

([3])فتح الوهاب، ج 2، ص87.

([4])كشاف القناع، ج5، ص341.

الطلاق الرجعي قائم من كل وجه بدليل قوله تعالى: **"وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحاً "**[1]

فقد سمى المطلق زوجا أثناء فترة العدة، وهذا يدل على أن الزوجية ما زالت قائمة خلالها[2] وتعريفهم أولى من تعريف غيرهم، لكونه متفقا مع واقع الأمر. فإن الأحكام المترتبة على الزواج أثناء عدة المطلقة رجعيا لا تزال باقية وبقاؤها بناء على بقاء الزوجية حكما ، أما زوال حل الاستمتاع فهو ليس دليلا على زوال الزوجية، كما إذا كانت المرأة حائضا فإنه لا يحق للزوج أن يستمتع بزوجته شرعا [3].

المطلب الثاني: حكم امتياز الزوج بإرجاع زوجته.

الرجعة حق للزوج على زوجته ما دامت في عدة الطلاق الرجعي ،و هذا الحق ثابت للزوج من الشرع ، فلا يملك إسقاطه.

قال تعالى: " وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحاً"[4] .

وجه الدلالة: أثبت الشارع للزوج حق إرجاع زوجته في مدة عد ا، وجعل حقه في إرجاعها مقدما علي حقها في الرفض، وهذا امتياز لحقه.

يقول الزمخشري: "قوله (أحق بردهن) أي برجعتهن، وفي قراءة أبي (برد ن)في ذلك في مدة التربص، فان قلت كيف جعلوا أحق بالرجعة كأن للنساء حقا فيها ؟ قلت المعنى أن الرجل إذا أراد الرجعة و أبتها المرأة وجب إيثار قوله على قولها ، وكان هو أحق منها، لا أن لها حقا في الرجعة.[5].

قال القرطبي : "لفظ أحق يطلق عند تعارض حقين و يترجح أحدهما، فالمعني حق الزوج في عدة التربص أحق من حقها بنفسها، فأ ا إنما تملك نفسها بعد انقضاء العدة، و مثل هذا في قوله عليه السلام الأيم أحق بنفسها من وليها[6].

ويقول ابن العربي : "قوله تعالى (أحق) هو أفعل من الحق، و أفعل لا يدخل إلا بين شيئين مشتركين، لأحدهما في المعنى الذي اشتركا فيهمزية على الأخر فيحلى بأفعل"[7] .

([1])البقرة / 228.

([2])كشاف القناع، ج5، ص341، بدائع الصنائع، ج4، ص393 .

(3) أبو العينين : الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، ص 365 .

(4)البقرة : 228.

(5) ا الكشاف، ج 1، ص366

(6) الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص 123

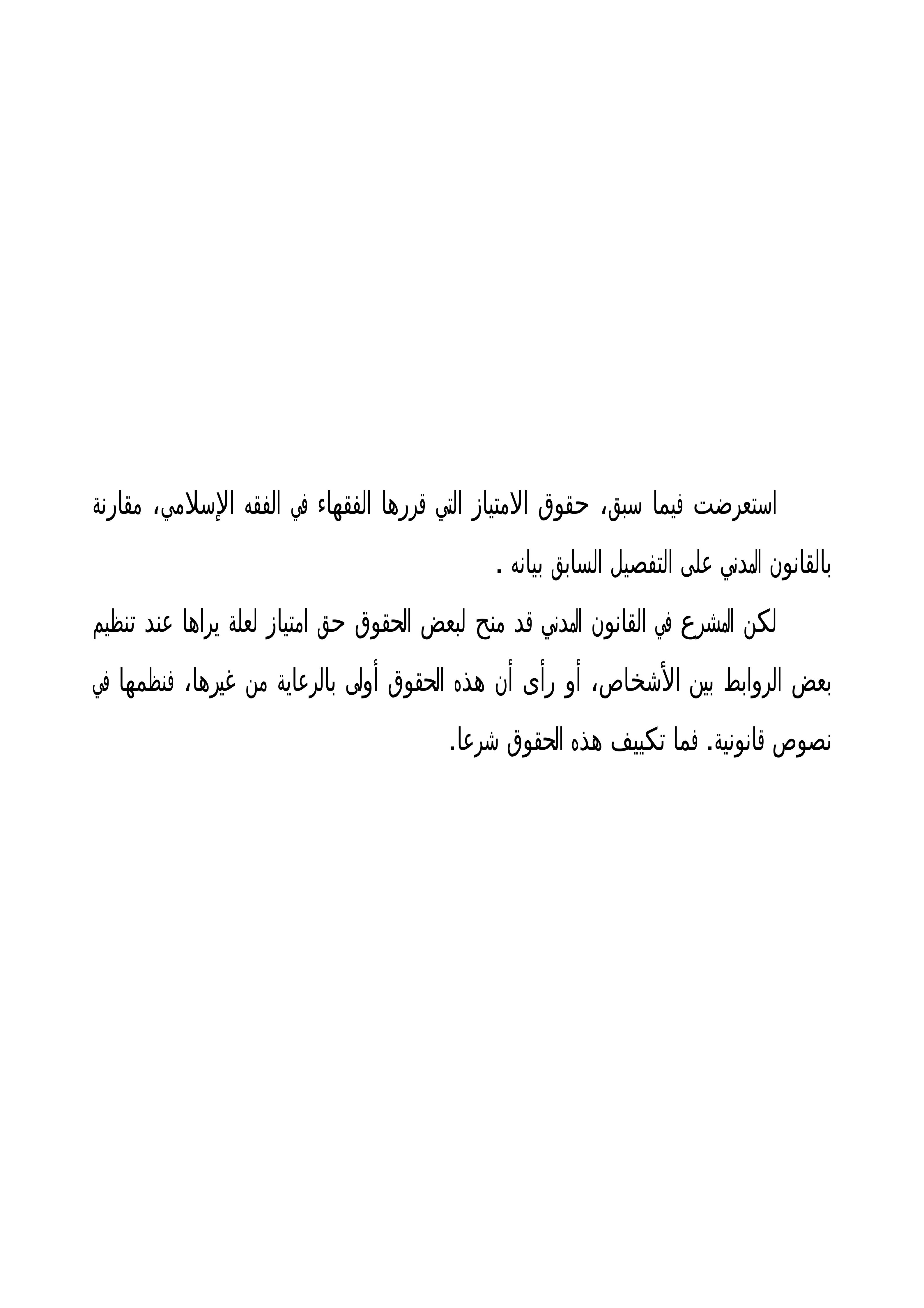
(7) أحكام القران، ج3، ص 160

و قد أعطى المقنن الجزائري المطلق حق الرجعة أي رد الزوجة بعد الطلاق إذا كانت في العدة من الطلاق الرجعي، لأنه لايزيل الملك ولا يرفع الحل وذلك خشية أن يكون الزوج قد طلّق تحت تأثير غضب ثم ندم بعد ذلك ففي هذه الحالة له أن يراجعها أثناء العدة.

وهو نص المادة **50** من قانون الأسرة .

الفصل الثالث

أحكام امتياز الديون المتعلقة بالأعيان ونفقات حفظها


استعرضت فيما سبق، حقوق الامتياز التي قررها الفقهاء في الفقه الإسلامي، مقارنة بالقانون المدني على التفصيل السابق بيانه .

لكن المشرع في القانون المدني قد منح لبعض الحقوق حق امتياز لعلة يراها عند تنظيم بعض الروابط بين الأشخاص، أو رأى أن هذه الحقوق أولى بالرعاية من غيرها، فنظمها في نصوص قانونية. فما تكييف هذه الحقوق شرعا.

المبحث الأول: حكم أسهم الممتازة في الشركات المساهمة[1]

تعطي الأسهم الممتازة في الشركات المساهمة أصحا ا الأولوية في استيفاء الحق بموجب الاتفاق الدي يحصل بين الشركاء. كما يعطي الاتفاق بعض حملة الأسهم في الشركات المساهمة حق الحصول على نصيبهم من الربح حال الخسارة ،و دلك قبل شركائهم من المساهمين أو حق في موجودات الشركة حال تصفيتها. فما حكم هده الأسهم الممتازة ؟

وعليه فإن المبحث يتناول تعريف الأسهم الممتازة وتكييفها الشرعي.

المطلب الأول: تعريف الأسهم لغة و اصطلاحا

الفرع الأول: السهم لغة

الأسهم جمع سهم، وهو في اللغة يطلق على معان متعددة منها [1] ترجع إلى أصلين :

النصيب والحظ، وشيء من الأشياء ومنه قوله تعالى:"**فَساهم فَكَانَ من الْمدحضين**"[2]

([1]) الشركة المساهمة صور ا أن تقوم مجموعة من الأشخاص بدفع أموالهم إلى من يقوم باتجار ا، على أن يكون الربح بينهم، كما يتفقون عليه، وربما قام بإدارة هذه الشركة المساهمة بعض المساهمين، وربما قام بإدار ا أعضاء غير مساهمين نظير أجرة معلومة، أو أن تفرض لهم نسبة من الأرباح أو كلا الأمرين معا: انظر: الخليل أحمد بن محمد الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن الجزي، ط1، ص118.

[1] لسان العرب مادة سهم، المصباح المنير مادة سهم، القاموس المحيط مادة سهم، ص1452، مقاييس اللغة، مادة سهم ج 3 ص 11 .

[2] الصافات :141

الفرع الثاني : تعريف السهم اصطلاحا

يطلق الاقتصاديون السهم مرة على الصك، ومرة على النصيب أو الحصة، وبناء على هذا فالسهم عند علماء الاقتصاد يطلق على أمرين :

1-الحصة أو النصيب للمساهم في شركات الأموال، و هذه الحصة تمثل جزءا من رأس مال الشركة و يتمثل السهم في صك يعطى للمساهم، ويكون وسيلة إلى إثبات حقوقه في الشركة.[3]

2-الصك أو الوثيقة المثبتة الذي يعطى للمساهم إثباتا لحقه، لأن السهم يعطى للمساهم حقوقا تجاه الشركة، كما يرتب عليه التزامات نحوها.[4]

وهذا المعنى الثاني هو المقصود في التعامل التجاري

المطلب الثاني: أنواع الأسهم .

تتنوع الأسهم من حيث حقوق الاسم إلى نوعين :أسهم عادية و أسهم ممتازة .

الفرع الأول: السهم الممتاز:

هو السهم الذي يختص ببعض الخصائص دون غيره من الأسهم، ومن هذه الخصائص: [1]

1-يمنح لمالكه حق الأولوية في الإرباح، فيختص بربح لا يقل عن نسبة معينة 50 % مثلا وقبل توزيع أي ربح علي بقية الأسهم، وقد تبلغ هذه النسبة مبلغا لا يتبقى من الربح شيء يوزع علي الأسهم العادية.

---

(3) الخياط عبد العزيز:الأسهم والسندات في الفقه الإسلامي، دار ابن جوزي، ط1، 1424.ص18، المعاملات المالية المعاصرة، ص163 .

(4) الأسهم و السندات، ص 18.

(1) القره داعي: الأسواق المالية ، بحث منشور في مجلة ا مع الفقهي، العدد7، ج1، ص113، الأسهم و السندات، ص20-21، راجع تعريفات أخرى للأسهم، الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية مؤسسة الرسالة، ط 3 ،1408، ج4، ص94 .

2-يمنح لمالكه حق الأولوية عند تصفية الشركة، فتستوفى قيمة الأسهم الممتازة قبل قيمة الأسهم العادية.

3-يمنح لصاحبه حق التصويت زيادة علي ما تمنحه الأسهم العادية في مداولات الجمعية العمومية.

4-يمنح لمالكه استيفاء فائدة سنوية ثابتة سواء ربحت الشركة أو خسرت.

5-يعطى حامله حق من المساهمين القدامى حق الأولوية في الاكتتاب عند تقرير زيادة رأس المال.

الفرع الثاني: الأسهم العادية:

وهي التي تتساوى في قيمتها، وتخول المساهمين حقوقا متساوية فهي التي تعطي حاملها الحقوق العادية المترتبة للمساهم دون أي امتيازات[1] .

المطلب الثالث: التكييف الفقهي للأسهم الممتازة

يختلف حكم الأسهم الممتازة باختلاف نوعية الامتياز فيها، والامتياز غير جائز في بعض الصور ومنها ما هو محرم نذكر هذه الأنواع مع بيان حكمها الشرعي فيما يلي :

النوع الأول: إذا كان الامتياز بضمان نسبة معينة من الإرباح من قيمة السهم لحصص مثلا **5%** من الأرباح من تلك الأسهم التي تخول أصحا ا حق الحصول على مزية كأولوية في قبض ربح معين، أو أولوية في استرداد ما دفع من رأس المال عند التصفية أو أولوية في الأمرين معا، أو أن له مزية لا تتوفر لأصحاب الأسهم العادية[2] ثم يوزع الباقي على جميع الأسهم بالتساوي ، فهذا عير جائز شرعا، لأن الأسهم متساوية فلا حق لأصحاب الأسهم الممتازة في الزيادة على الربح بالنسبة إلى المساهمين الآخرين. وهذا الحكم مبني على مسألة زيادة الربح لأحد الشركاء دون مقابل - من عمل أو مال- وهذا لا يجوز عند أحد من الفقهاء ، فقد ورد في فتح القدير:"و لا تجوز الشركة إذ اشترط لأحدهم دراهم مسماة من الربح لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لأحدهما: [3]

([1]) الأسهم و السندات، ص 20 -21 .

([2]) فتح القدير، ج 6، ص 183.

([3]) الخياط : الشركات في الفقه الإسلامي، ج 2، ص 222، شبير : المعاملات المالية ، ص 165 .

وقال ابن المنذر: "و أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة و ممن حفظنا عنه مالك والأوزاعي والشافعي و أبو ثور و أصحاب الرأي"[1] .

إذ يرى الحنفية و الحنابلة[2] أن يكون الربح على قدر رأس المال بحسب النسبة و يجوز عندهم أن يكون يتفاضل الربح مع تساوى رأس المال ، لكن بشرط أن يكون العمل عليهما أو على أحدهما ، لأن الزيادة تكون في مقابل العمل، وقد يكون أحد الشريكين أتقن وأحدق للعمل، فيستحق الزيادة في الربح لدلك، وفي غير هده الأحوال لا تجوز الزيادة في الربح، لأن هده الزيادة لا تستحق إلا بمال أو عمل.

أما المالكية و الشافعية و الظاهرية[3] فهم أضيق مسلكا من الحنفية والحنابلة ، لأ م يشترطون أم يكون الربح على قدر الماليين ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في رأس المال ، و لو وجدنا زيادة عمل من أحد أطراف الشركة .

وحاصل هدا أن الزيادة في الربح مع تساوي المال و العمل منهما لا تجوز عند الفقهاء ، و هدا النوع من الأسهم الممتازة ما هو إلا زيادة في الربح لأصحاب الأسهم الممتازة بال مقابل من زيادة مال أو عمل فلا يجوز إصداره[4].

النوع الثاني: الأسهم التي تخول أصحا ا الحصول على فائدة سنوية ثابتة ، سواء ربحت الشركة ، أو خسرت، كأن تكون نسبة هدا الشريك من الأرباح 5% دون النظر هل ربحت الشركة أم لا؟

فهذا الامتياز محرم، لأنه يتضمن الربا والضرر والظلم. ولا خلاف بين الفقهاء في تحريم اشتراط دراهم مسماة من الربح[5] كما أن استحقاق مبلغا من المال ولو لم تربح الشركة ، بل سيكون ذلك من رأس المال، وفي ذلك ضرر للمساهمين الآخرين و ظلم لهن و بخس لحقوقهم. قال تعالى :" **ولا تبخسوا**

---

(1) ابن قدامى : المغني ج2، ص 148 .

(2) البدائع، ج6، ص65 ، شرح فتح القدير، ج6، ص183، المغني، ج7، ص138 ، أولى النهى، ج 4 ص691 .

(3) بداية ا تهد، ج2، ص 253 ، القواعد الفقهية، ص187 ، التهذيب، ج4، ص197 ، تكملة ا موع ج 14، ص67 ، المحلى، ج8، ص124 ، م :1241 .

(4) الخياط : الشركات في الفقه الإسلامي ،ج 2، ص222، خليل، الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي ص 179 .

(5) ابن المنذر : الإجماع ، ص 94 .

الناس أشياءهم "([1]) و قوله ρ**:" لا ضرر و لا ضرار"**[(2)]**،** ولذلك لا إشكال في تحريم إصدار مثل هدا النوع من الأسهم .وقد جاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامي حرمة ضمان قدر من الربح لأحد الشركاء في الشركات المساهمة**.**

ويرى بعض الاقتصاديين أن الاستناد إلى هذه الأدلة غير مسلم به ، لأنه نظام الأسهم الممتازة بنسبة من الأرباح قبل التوزيع لا يزيد في تكييفها القانوني و الشرعي على كو ا يتفق فيها الشركاء على تقسيم الأرباح بنسبة تختلف عن نسبة رأس المال، وهذا الكلام مردود، لأن الحنفية والحنابلة أجازوا التفاوت بين الشركاء بنسبة تختلف عن حصص رأس المال إذا كان ذلك بسبب التفاوت في الخبرة والعمل، وليس مطلقا، فإن زيادة الربح في هذه الحالة كانت بسبب زيادة العمل(**[3]**)، كما أن أخذ أصحاب الأسهم الممتازة نسبة مئوية لا مقطوعة يغير من طبيعة الحكم، فهي أرباح من غير جهد ولا عمل وهذا النظام يمس مبدأ المساواة الذي تقوم عليه الشركة، مما يجعل الامتياز جورا منافيا للعدالة(**[4]**).

النوع الثالث : إذا كانت الأسهم تخول صاحبها أولوية في استيفاء قيمة سهمه من موجودات الشركة عند التصفية قبل إجراء القسمة عند سائر المساهمين وتوزيع ما بقي من الأرباح علي أصحاب الأسهم العادية، فهذا غير جائز شرعا ، لان الشركة تقوم علي المخاطرة، في الربح والخسارة، فهذا مخالف لمقتضى عقد الشركة فلا يجوز.[(5)]

([1]) الأعراف : 85 .

([2]) رواه الإمام مالك في موطئه، كتاب الأقضية باب القضاء في المرفق، ج2، ص745، والإمام أحمد في مسنده، ج10، ص311، و ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام ، باب من تى في حق ما لا يضر بجاره ، رقم: 2340، والحاكم في مستدركه، كتاب البيوع ، وقم :2345، و قال" حديث حسن و له طرق يقوى بعضها بعضا ".

([3]) عاشور عبد الجواد عبد الحميد، النظام القانوني للبنوك الإسلامية، دراسة مقارنة في وثائق وتأسيس البنوك الإسلامية، ط1996، المعهد العالي للفكر الإسلامي، فرجينيا، ص121-122.

([4]) الزحيلي وهبة، أثر إصدار الشركات المساهمة للأسهم الممتازة على صناديق الاستثمار، وهو بحث منشور ضمن كتابه المعاملات المالية المعاصرة، ص419-420.

([5])القرادعي: الأسواق المالية، ا مع الفقهي، العدد 8، ج1، ص 113.

وقد قرر مجمع فقه الإسلامي ما يلي:" لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال، أو ضمان قدر من الربح أو تقديمها عند التصفية، أو عند توزيع الأرباح[1] .

وهذا الحق الذي تقرر لصاحب السهم الممتاز يضمن رأس المال-كما هو ظاهر-، فتحتم منعه، لأنه يخالف مقصود الشركة وهو الاشتراك في الربح والخسارة.

قال الموفق:" الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله، فإن كان مالهما متساويا في القدر فالخسران بينهما نصفين، وإن كانا أثلاثا فالوضعية أثلاثا،لا نعلم في هذا خلاف بين أهل العلم"([2]).

ويدل على تحريم هذه الصورة أن هذا العقد يتحول من عقد شركة، إلى عقد قرض ،اشترطت فيه المنفعة للمقترض، فيدخل في قرض جر نفعا، وقد اتفق العلماء على تحريمه"([3]) .

و أما الامتياز الجائز في الشرع، فهو إعطاء حق الأولوية في الاكتتاب بأسهم جديدة لأصحاب الأسهم القدامى، لأ م الشركاء الأولون، وخم أولى من غيرهم بأن تظل الشركة منحصرة فيهم، ولا يصح أصلا أن تصدر أسهو جديدة دون موافقتهم في الجمعية العمومية، والشرع يقرر أن الشركة قد انعقدت بالإيجاب و القبول، فإذا أرادوا توسيع أعمال الشركة فلهم أن يقرروا ذلك بالإضافة إلي أن حق الشفعة حق مقرر في الشرع[4].

المبحث الثاني: امتياز أجور العمال

([1]) البيان الختامي مع الفقه الإسلامي، الندوة الثانية للأسواق المالية، المنعقدة بدولة البحرين، جمادى الأولى، 1412هـ، نوفمبر 1991م.

([2]) المغني، ج5، ص22.

([3]) الذر المختار، 5، ص166. حاشية الدسوقي، ج3، ص225. المهذب، ج1، ص304.الكافي في فقه الإمام أحمد، ج2، ص124.

([4]) الأسواق المالية، ع8، ج1، ص115، الشركات، ج2، ص224.

الأجور المقدمة سلفا في ذمة رب العمل إذا أفلس وتزاحمت مع غيرها من الديون هل لها امتياز في أموال رب العمل ؟

المطلب الأول: تعريف الأجرة لغة واصطلاحا.

الفرع الأول: الأجرة لغة.

الأجور جمع أجر والأجر لغة آجر الأجير، مؤاجر،كقولنا شاهره و عامله وعاقده.(1)

والأجرة بالضم الكراء والجمع أجر، ويقال استأجرته أي اتخذته أجيرا ،ويستعمل الأجر بمعني الإجارة و بمعني الأجرة و جمعه أجور، و الأجر الجزاء علي العمل و الثواب .و أجر المرأة مهرها .(2)

الفرع الثاني : الأجرة اصطلاحا

الأجر بالفتح أصله الثواب والأجر والأجرة ما يعود من ثواب العمل دنيويا كان أو أخرويا، والجر الكراء و الإجارة بكسر الهمزة هي بيع المنافع.(3)

وعرفه راشد البراوي: "الأجر هو المبلغ الذي ينقضاه الأجير الذي يؤجر ما يملك من قدرة علي العمل لصاحب العمل ويعمل تحت إمرة الأجير ولحسابه.(4)

أما في التعريف الاقتصادي : الأجرة عبارة عن ثمن العمل(1)

ويعرفه عبده عيسى بأنه كل ما يتعهده صاحب العمل بدفعه إلي العامل بموجب عقد العمل نظير قيامه بالعمل المتفق عليه بصرف النظر عن التسمية المعطاة له، فقد يسمي أجرا أو ماهية أو كسب عمل(2).

من التعريفات السابقة يتبين لنا أن الأجر سواء بالمفهوم الشرعي أو الاقتصادي أو الاصطلاح العام يشمل كل ما يعطي العامل لقاء عمله، عوضا عن الاستيفاء رب العمل لمنافعه، مضافا إليه جميع

---

(1) أساس البلاغة، ص12.

(2) تاج العروس- مادة أجر -

(3) الشرباصي : المعجم الاقتصادي الإسلامي دار الجبل، د.ط، 1986، ص17.

(4) راشد البراوي، الموسوعة الاقتصادية، مكتبة النهضة المصرية،ط2، 1981، ص19-20.

(1) الموسوعة الاقتصادية، ص20.

(2) عبده عيسى : العمل في الإسلام، ص 175.

العلاوات أو المكافآت التي قد يحصل عليها مقابل العمل، وإذا لم يقم العامل بأداء العمل المتفق عليه فلا يستحق أجرا.[1]

المطلب الثاني: موقف الشرع من أجرة العامل

حرصت الشريعة أن تكون للعامل أجرا عادلا لقاء منفعة عمله دون غبن أو بخس أو ظلم قال تعالى: " **ولا تبخسوا الناس أشياءهم** "[2]

وإن هذا الأجر حق شرعي للعامل لا منة فيه، و قد بلغ من حرص الإسلام المحافظة علي حق العامل في الأجر أن وجه الله Y الوعيد بالخصومة لصاحب العمل الذي ينتفع بجهد العامل ويستنفذ طاقته ثم يحجم عن إيفائه حقه المشروع في الأجر فعن أبي هريرة قال رسول الله ρ:"**ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه فقد خصمته رجل أعطى** بي ثم **غدر، ورجل باع حرا** ثم **أكل** ثمنه، **ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره** "[3]

قال صاحب كنز العمال :"ويستوي في ذلك أن يكون هذا الجهد عضليا كما صرح الحديث - قبل أن يجف عرقه أو أن يكون هذا الجهد فكريا لان جفاف العرق جاء على التغليب لأن الغالب أن يكون الأداء من العامل عضليا وهذا يستدعي استدرار العرق، فكل عامل له مستحقاته لدي من عمل لديه واستحق لذلك أجرا فانه مشمول بالتوجيه الذي أرسى قواعده هذا الحديث، بل الله سبحانه و تعالى جعل نفسه خصما لمن لم يعطى الأجير أجره[4].

---

(1) المعجم الاقتصادي الإسلامي، ص 17- 18.

(2) الأعراف: 75.

(3)رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب: إثم من باع حرا، حديث رقم 2227، كتاب الإجارة، باب: من باع الأجير، حديث رقم: 2270 .

(4) علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، ت: صفوت السقا، بكري الحياني، مؤسسة الرسالة، د.ط، ج11، ص614.

قال الشوكاني :"من استأجر أحيرا هو في معنى من باع حرا و أكل ثمنه لأن استوفى منفعته بغير عوض ن فكأنه أكلها، ولأنه استخدمه بغير أجرة فكأن استعبده"[(1)]

وتأكيدا لحق العامل في الأجر، نجد أن الفقه الإسلامي يذهب إلى الحكم بعدم سقوط أجره بفساد العقد، فالعامل في حال فسح الإجارة بسبب فساد العقد له الحق في أجرة المثل. [(2)]

المطلب الثالث: حكم امتياز أجرة العامل

ميز الفقهاء بين العامل الخاص والعامل المشترك، فالعامل الخاص كالراعي والحارس والبناء ونحوهما ممن يعمل ولا يحوز بيده ما يعمل فيه قال الفقهاء:"هذا النوع يحاصص الغرماء، و لا يقدم عليهم في مال المفلس أو المعسر، و أما إذا كان العامل يحوز ما يعمل فيه كالخياط والصائغ ونحوهما ممن يستلم العمل من صاحبه، فان العامل يقدم علي سائر الغرماء، فيحبس ما بيده حتى يستوفي أجره، وقال ذا كل من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة، وقد حالف زفر من الحنفية فمنع الأجير من حق التقدم بناء علي أصله في منع حبس السلعة للأجير ، وليس له أن يتصرف في ملك غيره ولكنه يحاصص الغرماء. [(3)]

وتنصيص الفقهاء على استيفاء الأجراء أجر م مما في يديهم لاعتبارين :

الأول: اعتبار ما في أيديهم رهنا بالثمن ، فإن لم يستوفوا حقهم ، فهم أحق بالرهن ، يستوفون حقهم منه .

الثاني: اعتبار الصناع والزراع ونحوهم، هم السبب في إيجاد الزرع والمصنوع، فكانوا كمن وجد عين ماله عند المفلس .

ومن الوسائل التي سلكها الإسلام لحماية العامل بحماية أجره بوسائل متعددة:

---

(1) نيل الأوطار ، ج 5، ص 200.

(2) البدائع، ج 5، ص 153، بداية ا تهد ج 2 ، ص 253.

(3) تبيين الحقائق ج 5 ص 111 ، المبسوط، ج15، ص106، المدونة الكبرى، ج3، ص141، الأم، ج3، ص208، المغني، ج4، ص467، أسنى المطالب، ج 2، ص203.

- المسارعة إلى دفع أجر صاحب العمل فور انتهائه من العمل. يقول ρ "**أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه**"[(1)] ومن تمام ضمان المحافظة على حق العامل هو دفع أجره .فالإسلام يحمي أجر العامل من تباطؤ أصحاب العمل ومماطلتهم.

ـ ومن وسائل الحماية لأجر العامل ،حمايته من حجز الدائنين ، ذلك أن العمال في أكثر الأحيان ليس لهم من الأموال التي ينفقون منها على أنفسهم و من يعولون إلا من عرق جبينهم، بينما قد يكون للدائنين موارد أخرى أو أموال عديدة غير ذلك([2]).

وينطبق هذا على ما ورد ذكره في القانون المدني من امتياز أجور المقاولين والمهندسين فإ م يستحقون أجورهم من ثمن ما صنعتم أيديهم قبل سائر الغرماء.

وللأجير حق امتياز في تقدمه على غيره من الدائنين بموجب نص المادة 993 /1 التي تنص على أنه

:"يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار: المبالغ المستحقة للخدم،

والكتبة، والعمال، وكل أجير آخر، من أجورهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الإثني عشر شهرا

الأخيرة ....".

و المقصود بالأجير هو الذي يقدم جهده و عمله لقاء أجر محدد وتربطهم برب العمل علاقة تبعية[(1)]

.

---

(1) رواه السيوطي الجامع الصغير ج 1، ص 540، روي بلفظ أجره بدل أجرته ،الحاوي الكبير، ج7 ص389 ، البيهقي، في السنن الكبرى، حديث رقم: 11434، ج 6،ً ص121، وقال هذا ضعيف بلفظ أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه، واعلمه أجره وهو في عمله، وصححه الألباني في الإرواء، حديث رقم 2434، ج5، ص320. ابن ماجة في سننه من حديث ابن عمر، حديث رقم 2443، ج2، ص817، انظر مرتبته في سنن ابن ماجة.

(2) انظر حاشية الدسوقي ج4، ص400، اية المحتاج، ج 4، ص371، مطالب أولى النهى، ج3، ص176، علي عبد الرسول، المبادئ الاقتصادية في الإسلام والبناء الاقتصادي للدول الإسلامية، دار غريب للطباعة، د.ط، 1995، ص 198.

والحكمة في تقرير امتياز للأجراء يعود لاعتبارات إنسانيه بحته في جانب هذا الأجير ، فالخدم والعمال وغيرهم من الأجراء يتعيشون في الــ ـغالب من أجورهم، وبالتالي لهم الحق في الدفع المنظم لأجورهم(2) .

ويتمتعون بامتياز عام لضمان أجورهم عن الإثنى عشر شهرا الأخيرة أي السابقة على التنفيذ على أموال المدين وبيعها ، فإذا كانت هناك أجور مستحقة عن مدة سابقة ، فإن هذه الأجور تكون ديون عادية(3) .

ويكون امتيازهم بالأجر وفقا للمادة 7 من قانون العمل الجديد من الدرجة الأولى مقدما على كل امتياز سابق سواء الخزانة العامة أو مصروفات حفظ المنقول وترميمه وأن يكون امتيازهم بالمستحقات الأخرى من غير الأجرة وفقا للمادة 7 عمل جديد كالتعويضات إذا أن قانون العمل هو قانون خاص والخاص يقيد العام فيكون امتياز الأجر هو امتياز للأجر وكافه مستحقات العامل

---

(1) الواضح في شرح القانون الجزائري، ص361.

(2) راجع المواد 06 ـ 08 من قانون 90 ـ 11 المتعلق بعلاقات العمل من كتاب الوجيز في شرح قانون العمل، بشير الهدفي، دار جسور للنشر، ط2، 2003م.

(3) مرقس، حقوق الامتياز، ص 554 .

في حياته أو بعد وفاته للورثة العامل (غير) الخاضع لقانون العمل فلا يستفيد على العكس إلا من المادة /1141أ مدني والتي لا بامتياز يضمن فقط دون المستحقات الأخرى أي كانت فليزم كذلك مراعاة التفرقة السابقة بين العامل الخاضع لقانون العمل الجديد 2003/12 في مادته فيكون درجه امتيازه الضامن للأجر من الدرجة الأولى شأنه في ذلك شأن امتياز المصروفات القضائية مساويا بمصروفات الحفظ والبيع ويكون درجه امتيازه الضامن للمستحقات الأخرى من الدرجة الثالثة مساويا لمركز الدائن صاحب امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه العامل (غير) الخاضع لقانون العمل فيكون درجة امتيازه الأجر من الدرجة الرابعة بعد امتياز العامل الخاضع لقانون العمل وكل من امتياز المصروفات القضائية ومستحقات الخزانة العامة ونفقات حفظ المنقول.

المبحث الثالث: امتياز ديون الوقف

لقد أحاطت الشريعة الإسلامية الوقف بسياج متين من الأحكام التي دف إلى صيانة الوقف والحفاظ عليه، وعلى مصالح المستحقين فيه، وتحول دون ضياع الوقف ، وتضرر مصالح الموقوف عليهم، ومن ذلك الاستدانة من الوقف، فما حكم الاستدانة من الوقف؟ وما حكم ديون الوقف، إذا تزاحمت مع سائر ديون الغرماء في مال المدين المفلس ؟

المطلب الأول: أحكام ديون الوقف اجتهادية

في مستهل الحديث عن أحكام ديون الوقف نشير إلى أن القرآن الكريم لم يذكر شيئا من أحكام الوقف بخصوصه، كما أن السنة النبوية أيضا لم تتعرض لمعظم أحكام الوقف التفصيلية، ولم تتعد الأحاديث التي بينت أحكام الوقف عدة أحاديث، بل أكثر أحكام الوقف اجتهادية قياسية، للرأي فيها مجال.

فمنها أحكام نشأت عن اجتهاد الفقهاء، بطريق القياس على أشباهها، لوجود علل جامعة بينها، كأحكام وقف المريض قياسا على أحكام تبرع المريض ووصيته[1]، وكذا حدود صلاحيات ناظر الوقف وأحكام ضمانه وعزله قياسا على صلاحيات ناظر الوقف وأحكام ضمانه وعزله قياسا على صلاحيات الوكيل والوصي، فإ م قالوا: إن "الوصية أخت الوقف"[2]، وأن "باب الوصية والوقف واحد"[3].

ومنها ما تقتضيه المصالح المرسلة، كأحكام استبدال الوقف، ووجوب البدء من غلة الوقف بعمارته وترميمه حفظا لعينه واستمرارا لمنفعته.

أو كانت تخريجا للأحكام الجزئية على القواعد والكليات الفقهية، كقولهم: إن القاضي لا يملك التصرف في الوقف مع وجود الناظر، بناء على القاعدة المشهورة: "إن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة"[4].

ومثل خضوع ما يشترطه الواقف لكلية الفقهية: "كل شرط وافق مقتضى العقد ولم ينافه فإنه شرط صحيح"[1]، أو:"كل شرط كان مخالفا لنصوص الشرع أو كان فيه تفويت لمصلحة الوقف أو المستحقين فهو شرط باطل"[2].

---

(1)أنظر: الشيخ مصطفى الزرقاء، أحكام الأوقاف، دار عمار، عمان، ط2، 1998م، ص19.

(2)حاشية ابن عابدين 687/6، 693، كشاف القناع 292/4 .

(3)الفروع 196/3، وانظر أيضا المبدع 340/5 .

(4) مجلة الأحكام العدلية، ص 23، المبدع، ج4، ص374- 383، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص154.

(1) الإنصاف، ج5، ص168، كشاف القناع، ج3، ص349.

(2) حاشية ابن عابدين، ج4، ص386.

أو تمشيا مع ما صرح به أحد الفقهاء بأنه "يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه ... نظرا للوقف، وصيانة لحق الله تعالى، وإبقاء للخيرات"[3].

ونحو ذلك من ضروب الاجتهاد وطرق الاستنباط، مراعين في ذلك مقاصد الشريعة ومبادئها العامة.

فإذا كانت هذه الأحكام اجتهادية، فلا مانع إذن من أن يجتهد فيها الفقهاء المعاصرون، ويختاروا من الأحكام ما يلائم مصالح الوقف ويواكب تغير
الزمان، وتطورات العصر، نظرا للتغيرات الكثيرة التي طرأت على الوقف، سواء أكانت تتعلق بطبيعة الأعيان الموقوفة، أو الموقوف عليهم، أو كانت تتعلق بطرق إدارة الأوقاف واستغلالها...الخ.

ومما لم يرد بشأنه نص في الكتاب والسنة، ومرده إلى اجتهاد الفقهاء تلك الأحكام المتعلقة بديون الوقف – والمحور الأساسي الذي تدور عليه مذاهب الفقهاء فيها هو تحري النظر والمصلحة للوقف- كما سنرى ذلك في المباحث التالية، إنشاء الله تعالى – لكن قبل الخوض في تفاصيل هذا الموضوع يحسن التحدث عن شخصية الوقف، وذمته المالية، ذلك لأن الدين من العقود التي تثبت في الذمة، فهل للوقف ذمة مالية تؤهله للاستدانة منه وعليه؟

انتظمت أمور الأوقاف في معظم البلدان الإسلامية، وصار لها كيان مستقل، كما سهل الوصول إلى القاضي، ولم يصعب معرفة القاضي إلى معرفة ملابسات الموضوع وإصدار حكم مناسب بشأنه، فلا عذر للناظر إذن في عدم أخذ إذن القاضي.

أما إذا كانت الاستدانة من طريق الالتزامات العادية عرفا – وهي الاستدانة للأمور الوقتية التي احتيج إليها في ظروف طارئ يتطلب علاجا مستعجلا، بحيث يؤدي انتظار إصدار حكم القاضي إلى تفويت مصالح الوقف والمستحقين فلا بأس عندئذ من أن يتصرف الناظر، ويستدين بنفسه، متوخيا مصلحة الوقف، وبنحو هذا أخذ قانون الأوقاف المصري[1].

---

[3] المرجع نفسه، ج4، ص344.

[1] انظر: بحث :الميمان ، ناصر عبد الله: ديون الوقف ،بحق مقدم إلى الندوة الفقهية الأولى للوقف ، المنعقد في 11 ـ 13 أكتوبر 2003 ، ط 1 ، 2004 م ، ص 75 .

المطلب الثاني : حكم الاستدانة من الوقف و حكمها

الفرع الأول: معنى الاستدانة من الوقف[1]

نعني بالاستدانة هنا إقراض مال الوقف، أو بيعه نسيئة ممن طلب ذلك.

وصورة الاستدانة أن يطلب شخص ما من القاضي أو من الناظر على الوقف.

- على اختلاف بين الفقهاء فيمن يملك ذلك – أن يقرضه شيئا من أموال الوقف، أو يبيعه شيئا منها حتى يجعل أصل الشيء ملكه، وثمن المبيع دينا عليه ليرده فيما بعد[2].

لم أقف على تفصيل حكم إقراض أموال الوقف، أو بيعها نسيئة في معظم مصادر الفقه بعد البحث والتقصي، غير أن الفقهاء قد صرحوا بأن "الوصية أخت الوقف"، وأن "باب الوصية والوقف واحد" فيستطيع الباحث أن يعرف أحكام الوقف من طريق قياسها على أحكام الوصية، لعلل جامعة بينهما، وعدم وجود فوارق معتبرة في الغالب.

الفرع الثاني: حكم الاستدانة من الوقف

وفيما يلي بيان لمذاهب الفقهاء في المسألة.

ذهب الحنفية إلى أن للقاضي إقراض مال الوقف، أما المتولي فلا يملك ذلك رأسا إلا إذا كان إقراض مال الوقف...، إن متولي الوقف ليس له إقراض مال المسجد، فلو قرضه ضمن، وكذا يضمن

---

(1) الوقف لغة هو الحبس و اصطلاحا: حبس العين والتصدق بمنفعتها ، أو تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة، أو هو حبس الأصل وتسبيل المنافع"، انظر:الفروع، ج3، ص196، المبدع، ج5، ص340.

(2) راجع: فتح القدير، ج 5، ص 416 ، شرح المحلى ، ج3، ص97 ، المغني ، ج5، ص597 .

المستقرض، ... والقيم لو أقرض مال المسجد ليأخذه عند الحاجة، وهو أحرز من إمساكه فلا بأس به و... يسع للمتولي إقراض ما فضل من غلة الوقف لو كان أحرز"([1]).

فقد أجازوا للقاضي إقراض مال الوقف ولم يجيزوا ذلك للقيم، إلا إذا كان الإقراض أحرز له وأحفظ من إمساكه عنده، وكذلك قالوا في مال الصغير: إن القاضي هو الذي يملك إقراض مال الصغير، دون وليه([2])، وعللوا التفرقة بين إقراض الولي – أو الوصي – و بين إقراض القاضي بأن إقراض الولي تبرع منه، و هو لا يملك التبرع بمال الصغير، و ليس للصغير فيه منفعة ظاهرة، وإقراض القاضي من باب حفظ الدين، لأن القاضي يقدر على تحصيله من المستقرض، أما الولي فلا يقدر على ذلك، أو بعبارة أخرى: إن القرض تبرع في حق الوصي، ومعاوضة في حق القاضي، لتمكنه من تحصيله.[(3)]

وخلاصة قولهم في إقراض مال الوقف: أن ذلك جائز للقاضي، بل مستحب له لأنه لكثرة أشغاله لا يمكنه أن يباشر حفظ المال بنفسه، أما المتولي فإنه لا يجوز له إقراض مال الوقف إلا إذا كان الإقراض أحفظ له إمساكه عنده، وكذلك له أن يقرض بإذن القاضي، كما يفهم من فتوى بعض المتأخرين من فقهائهم. [(4)]

في حكم بيع مال الوقف نسيئة، قالوا:" إن ولي الصغير له أن يبيع ماله نسيئة،([5]) وقالوا : "إنما ملك الإدانة، و لم يملك القرض، لأن الإدانة بيع ماله بمثل قيمته"،([6]) وقد قيدوا ذلك بما إذا كان الوصي لا يخاف الجحود".

فقياس القيم على الوصي يقتضي أن يملك المتولي بيع ما فضل من غاية الوقف نسيئة([1])، لكن يعكر على هذا منعهم القيم من الاستدانة على مال الوقف إلا بإذن القاضي، ويعكر عليه أيضا تعليلهم

---

(1) البحر الرائق،ج 7ص24، و259/5، حاشية ابن عابدين ، ج5، ص417.

(2) المرجع نفسه.

(3) بدائع الصنائع ، ج 5، ص 153 ، المبسوط، ج 21، ص 103

(4) انظر البحر الرائق ، ج 7، ص 24

(5 انظر : بدائع الصنائع، ج5، ص 153 ، البحر الرائق ، ج7، ص 24 .

(6) البدائع ، ج 5 ص 153 .

لمنع الولي من إقراض مال الصغير بأنه لا يقدر على تحصيله، والبيع والإقراض في هذا سواء، ولا فرق بينهما، اللهم إلا أن يقيد ذلك بما إذا كان فيه مصلحة، مع أخذ الرهن عليه.

أما الشافعية: فقد قال الإمام النووي:" إن "إقراض مال الوقف حكمه حكم إقراض مال الصبي"([2]).

وقد بين حكم إقراض مال اليتيم قائلا: "ليس لغير القاضي إقراض مال الصبي إلا عن ضرورة، نحو ب أو نحوه([3])، أو إذا أراد سفرا. يجوز للقاضي الإقراض وإن لم يكن شيء من ذلك، لكثرة أشغاله، ويشترط فيمن يقرضه الأمانة واليسار..." ([4]). قالوا: "فربما غفل عن المال فضاع، فيقرضه ليحفظه عند المقترض"([5]).

ولا يخفي أن هذا التعليل لا يناسب العصر الحاضر – والحكم يدور مع علته – فالذي يبدو لي أن الأولى أن يقيد إقراض القاضي أيضا بحال الضرورة.

أما بيع مال الوقف نسيئة فقياسهم الوقف على الوصية يقتضي أن يجوز ذلك على مليء، عند الضرورة، أو غبطة للوقف، بأن يكون الثمن المؤجل أكثر مما يباع به حالا، بشرط أن يأخذ الرهن عليه، كما قالوا في بيع عقار اليتيم نسيئة([6]).

أما المالكية: فقد قالوا: ليس للوصي أن يسلف أموال اليتامى على وجه المعروف ولو أخذ رهنا، لأن اليتيم لا مصلحة له في ذلك([7]).

أما الحنابلة: قال البهوتي:"وللناظر الإستدانة على الوقف بلا إذن حاكم، كسائر تصرفاته، لمصلحة الوقف، كشرائه للوقف نسيئة، أو بنقد لم يعنيه، لأن الناظر مؤتمن، مطلق التصرف، فالإذن

---

(1) البحر الرائق ، ج7، ص 24.

(2) البدائع ، ج 5، ص 349

(3) البحر الرائق ، ج7، ص24.

(4)روضة الطالبين، ج4، ص191.

(5)إعانة الطالبين، ج3، ص51.

(6)المهذب، ج1، ص329، الوسيط، ج3، ص483.

(7)التاج والإكليل،ج5،ص253،مواهب الجليل، ج6، ص400، حاشية الدسوقي، ج4، ص400.

والإئتمان ثابتان"([1]). لكن هذا الأصل ليس على إطلاقه، بل إن تصرفات الناظر مقيدة بما فيه المصلحة للوقف كما كانت تصرفات الولي في مل اليتيم مقيدة بذلك، فإقراض مال اليتيم مقيد بذلك.

قال ابن قدامة:" أما قرض مال اليتيم، فإذا لم يكن فيه حظ لم يجز قرضه ... قال أحمد: لا يقرض مال اليتيم لأحد يريد مكافأته ومودته، ويقرض على النظر والشفقة ... ومعنى الحظ أن يكون لليتيم مال في بلده فيريد نقله إلى بلد آخر، فيقرضه من رجل ذلك البلد ...، فيقصد بذلك حفظه من الغرر، أو يخاف عليه الهلاك، من ب أو غرق، أو نحوهما، أو يكون مما يتلف بتطاول مدته، أو حديثه خير من قديمه ...، وأشباه ذلك، وإن لم يكن فيه حظ وإنما قصد إرفاق المقترض وقضاء حاجته لم يجز، لأنه تبرع بمال اليتيم فلم يجز، كهبته"([2])

أما بيع ماله نسيئة فقياس قولهم في متولي الوقف على وصي اليتيم يقتضي أن يجوز ذلك لمتولي الوقف عند الضرورة، أو ما إذا كانت فيه مصلحة للوقف، بشرط أن يكون المشتري مليئا، كما اشترط ذلك – الحنابلة أنفسهم والشافعية، كما سبق – في بيع الوصي عقار اليتيم نسيئة، والله أعلم([3]).

وحكم ناظر الوقف في ذلك حكم ولي اليتيم، لما قلنا من أن تصرف كل منهما مقيد بمصلحة ما تحت يده من الأموال.

ومجمل القول أن جمهور الفقهاء منعوا الاستدانة من أموال الوقف إلا إذا استدعتها ضرورة أو ما إذا كان فيها مصلحة للوقف والمستحقين.

نص الفقهاء -رحمهم الله تعالى- على أن كل موضع قيل فيه بجواز الاستدانة من مال الوقف فلا يكون ذلك إلا على أمين ومؤتمن، ليأمن جحوده وتعذر الإيفاء[(4)].

المطلب الثالث: حكم امتياز ديون الوقف

يتعلق بالوقف حقان: حق يترجح فيه حق الله تعالى، لأنه مما يقصد به التقرب إلى الله تعالى و ابتغاء رضوانه .

---

(1)كشاف القناع، ج4، ص267.

(2) المغني، ج4، ص167، وج5، ص287.

(3) انظر: المغني، ج4، ص165، الإنصاف، ج5، ص328.

(4) انظر: المغني، ج4، ص167، البحر الرائق، ج7، ص23، شرح ابن عابدين، ج6، ص750.

قال النووي :" وحق الله كالزكاة ووقف المساجد و الجهات الخيرية" [1]

وفي الوقت نفسه ، يتعلق به حقوق فئة من الناس الموقوف عليهم ،التي تكون من المصالح العامة التي يعن نفعها الجميع. وقد نص الفقهاء على أن الوقف على العامة كبيت مال المسلمين[2] .

فالوقف بهذا الاعتبارات قسيم لحق الله وحق العباد، وقد اختلف الفقهاء في مدى تقديم ديون الله على ديون العباد، كما سبق ذكره، لكنهم لم يختلفوا في أن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة[3] . وعليه فديون الوقف ديون ممتازة ، تقدم على غيرها من الديون عند تزاحم الديون في مال المفلس .لأن جهة الوقف عامة، وأموالها لصالح الجهات العامة ، التي ينبغي أن تكون لديونه الأولوية، وذلك تقديما للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وقياسا على ديون بيت المال من وجوب الرعاية والعناية لحفظ أموالهم .

المبحث الرابع: حكم امتياز حق المؤلف

حق التأليف من الحقوق التي أثارت جوانب شرعية و قانونية متعددة، حيث بدأ الاهتمام بهذا الحق منذ أن أصبح هذا الحق مصدرا للدخل و مجالا للاستثمار عن طريق الاستفادة من المصنف .

فمنذ أن ظهرت فكرة استخراج نسخ من الكتاب وعرضها للتداول بين الجمهور، وهو ما ارتبط في البداية باكتشاف المطبعة ، بدأ التفكير في حق التأليف الذي يثبت للمؤلف على ما ألفه وما ينبغي توفيره له من حماية قانونية تمنع اعتداء أي معتد باستخراج نسخ من المصنف بدون إذن صاحبه أو تحريفه أو التغيير فيع بأية صورة أخرى من صور الاعتداء ، فكانت الفكرة قي وضع تنظيم قانوني لحق المؤلف يمثل حماية قانونية له. يمنحها إياه المؤلف، ومن هذا ناقش الفقهاء المعاصرون هذا الحق من حيث طبيعته ومقوماته، ومن حيث الاعتداء على الحقوق المقررة للمؤلف على مصنفه، وتناولوا مسألة حكم التعويض عن الاعتداء على حقوق المؤلف، فهل هذه الحقوق من الديون الممتازة؟

---

(1)روضة الطالبين، ج11، ص289 ، راجع مغني المحتاج ، ج 4، ص437.

(2)انظر : حاشية ابن عابدين ، ج 4، ص9 .

(3)راجع : قواعد الأحكام ، ج 2، ص570 ، الموافقات ، ج 2، ص350 .

المطلب الأول: المراد بحق المؤلف.

الفرع الأول: التأليف لغة

التأليف-لغة- مصدر ألّف ويدل على انضمام الشيء إلى الشيء ومنه: ألفت بينهم تأليفا، ومنه أيضا ألّفت الشيء تأليفا، إذ وصلت بعضه ببعض، ومنه تأليف الكتب، وألفت الكتاب يعني جمعت المعلومات التي فيه على وجه التناسب[1] .

الفرع الثاني : التأليف في الاصطلاح

أما التأليف في الاصطلاح فقد عرفه البعض بأنه"اختراع معدوم وجمع مفترق، وتكميل ناقص وتفصيل مجمل و تهذيب مطول وترتيب مخلط وتعيين مبهم، وتبيين خطأ"[2]

كما يعرف حق الابتكار عموما بأنه" الصور الفكرية التي تفتقت عنها الملكة الراسخة في نفس العالم أو الأديب ونحوه مما يكون قد أبدعه هو ولم يسبقه إليه أحد"[3] .

ولم يكن حق التأليف حقا معروفا عند الفقهاء المتقدمين على النحو الذي عرف به فيما بعد، مما أفرزه التطور العلمي والصناعي والاقتصادي من وسائل النشر والتوزيع، والذي أدى إلى استبدال ملفات آلاف النسخ من المؤلف الواحد بالمخطوط الذي كان يدون فيه العلم من قبل، ولعل اكتشاف الطباعة هو ما أدى إلى ظهور حق التأليف وما يرتبه لصاحبه من حقوق متعددة وما يستلزمه من حماية مقررة، وهو ما يشير إليه السنهوري بقوله" إن حق المؤلف لم يكن يحميه القانون القديم وإنما ظهر وجه الحاجة إلى الحماية بعد اختراع المطبعة التي أمكنت طبع الآلاف من النسخ للمصنف الواحد، مما جعل المؤلف يرجو من وراء عمله الفكري ربحا ماديا كبيرا، ولكن القانون ترك المؤلف دون حماية أحقابا طويلة، فكانت الثمار المادية لجهوده الفكرية يتناهبها الناس"[4] .

---

(1) لسان العرب ، ج1، 1009.

(2) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص59.

(3) د.فتحي الدريني، حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987، ص7 وما بعدها.

(4) الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، ص283.

ويرجع اكتشاف الطباعة إلى العالم الألماني (جونتبرغ)، ثم انتقل فن الطباعة إلى إيطاليا وفرنسا وإنجلترا ومعظم دول أوروبا في القرن السادس عشر الميلادي، ثم بدأت الطباعة تنتقل إلى بلاد المشرق الأوسط، وقد ظهرت أول مطبعة في استانبول وهي مطبعة الأستانة العبرية، ثم ظهرت مطبعة أخرى في طرابلس وهي عبرية أيضا، ثم ظهرت أول مطبعة عربية في حلب في أوائل القرن الثامن عشر، ثم في الأستانة في 1229هـ، ثم انتشرت المطابع بعد ذلك وكان أشهرها المطبعة التي أنشأها محمد علي باسم مطبعة بولاق عام 1235هـ، 1819م وعرفت بعد ذلك بالمطبعة الأميرية[1] .

وعلى ذلك ظهر حق التأليف واستقر بعد بروز رغبة صاحب الإنتاج الذهني والعلمي في الاستفادة مما أنتج من خلال نسخه وعرضه للجمهور، فالإنتاج الذهني أو الفكري ماهو إلا صورة مجردة نتجت عن الملكة الذهنية الراسخة في ذهن الإنسان وتظل هكذا فكرة معنوية مجردة غير محسوسة لا يدركها إلا العقل، فإن اتخذت حيزا ماديا خارجيا كالكتاب أو الشريط أو غير ذلك أصبحت مدركة من خلال هذه الوسيلة الخارجية.

والمقصود بالتأليف المحمية، التي لصاحبها الاحتفاظ بحقوقها، وهي بالتتبع على نوعين:

- **الأول:** المحررات، وهذه تعني أي تأليف مكتوب في أي من العلوم: كالتفسير، والحديث، والفقـه، وأصولها، والتوحيد، وعلوم الآلة، والرياضيات، والتاريخ، والجغرافيا، والطب، والهندسة، وما جـرى مجرى ذلك.

- **والثاني:** الشفويات: كالخطب، والمحاضرات، والمواعظ، وما جرى مجرى ذلك ومما يلقـى شـفاها، والمقصود بالبحث النوع الأول؛ لأنّ الثّاني قد جرى العرف بأنه حق مشاع لكل مسلم لتأصل عامـل الحسبة فيه ويعتبر الشخص مؤلفا إذا نشر المصنف المبتكر منسوبا إليه بذكر اسمه عليه، أو أيـة طريقـة أخرى، ما لم يقم دليل على نفيه"[2].

(1) أبو زيد، بكر بن عبد الله ، فقه النوازل ، مؤسسة الرسالة ، ط1 ،1999، ص198 وما بعدها.
(2) فقه النوازل ، ص 157 .

وقد تواضع الناس على إطلاق عدة تعبيرات بغرض النص على حق التأليف؛ مثل: حق الانتفاع الذّهني، وحق الابتكار، والملكية المعنوية، والحقوق الفكرية، وحق الإبداع، وحقوق الإنتاج العلمـي، وملكية التأليف ... ونحوها.

المطلب الثاني: الحقوق الواردة على المؤلف والمؤلفات:

الفرع الأول: حقوق المؤلفات.

للمؤلفات حقان حق خاص، وحق عام[1].

والمراد بالحق الخاص: حق المبتكر أو المؤلف، وكل من كان عن طريقه؛ كالناشر، أو الورثـة، والآخر.

وهو الحق العام وهو المراد به: حق الأمة في الإفادة من المؤلف لأنّ التفكير هبة من الله Y ولأنّ المؤلف أيا كان قد أفاد من خبرات وتجارب وأفكار الآخرين، خصوصا أبناء أمته، بل لا نعدو الحقيقة إذا قلنا: إنّ لكل الناس حقّا فيه؛ لأنّ الحضارات نتاج مشترك لفكر الإنسانية كلها، قد أسهمت في إيجادها على نحو من الأنحاء، كل أمة على قدر نصيبها وعطائها.

وقد كان فقهاؤنا القدامى على وعي بذلك؛ ولهذا صرح بعضهم -كالإمـام القـرافي- بـأنّ الاجتهادات لا تملك"[2].

وأهم هذه الحقوق العامة، التي هي حق الأمة أو حق ا تمع: حق الاقتباس بالشـروط المتفـق عليها، وكذلك الترجمة بشروطها ليعم النفع بالمصنف، وكذلك حق الدولـة أو ولي الأمـر في نشـر المصنف، إذا رأى فيه نفعا عاما، ورفض المؤلّف نشره، أو العكس بمنع نشـره، إذا رأى أنّ في نشـره فسادا أو فتنة أو ضررا من أي نوع؛ لأنّ ذلك من حقوق الولاية العامة، والشـريعة الإسـلامية الـتي جاءت للحفظ على مصالح الناس وحقوقهم، ودرء المفاسد عنهم – ترحب بذلك وتحض عليه.

الفرع الثاني: حقوق المؤلف

---

(1) المرجع نفسه، ص157.

(2) الفروق ، ج 3 ص 294 .

وأما المؤلّف نفسه فله حقّان على مؤلّفه [1]:

- الأولى: حق أدبي، والثاني: حق مالي، أما الحق أو الحقوق الأدبية، فأهمها نسبة الكتاب إليه، وحـق تقرير نشره أو منعه (في إطار الحقوق العامة)، وحق الرقابة عليه، وسلطة تصحيح ما فيه.

والحق الآخر: هو الحق المالي، وهو أيضا نوعان: حق مالي في حياة المؤلّف، وحق مالي بعد وفاته لورثته.

أما الحق المالي الذي يستحقه في حياته، فهو في مقابل الجهد الذي بذله في جمع أفكار مصـنفة، وترتيبها، والاستنباط منها، وأما بعد وفاته لورثته، فإنه حق مالي يرثه عنه أهله وأقاربه باعتبـارهم أولى الناس، الأدلة وقد اختلفت القوانين الوضعية في مدة هذا الانتفاع، فقد وصل ا البعض إلى سبعين سنة، وبعضهم إلى خمسين سنة، ولعلّ الأنسب أن يكون ستين سنة، وهي أقصى فترة الحكر التي أعطاها الفقه الإسلامي لمن يحتكر أرضا لاستصلاحها، والانتفاع ا"

بعد هذه المدة يعود العمل العلمي المبتكر إلى الملكية العامة للأمة، ويخرج بذلك عـن الملكيـة الخاصة؛ ولكن يظل الحق الأدبي أو الأخلاقي مستمرا؛ لأنه يشبه وشيجة النسب.

المطلب الثاني : التكييف الفقهي للحق المالي للمؤلف

اختلف الفقهاء المعاصرين بين الاعتياض المالي عن حق التأليف وبين مانع لذلك.

فقد ذهب معظم الفقهاء المحدثين في كتابا م إلى جواز أخذ المؤلف عوضا عن مؤلفه. واستدلوا على ذلك بما يلي:

أولا: إن التأليف حق مملوك لمؤلفه بحكم ملكيته لرقبته، وهي من سبق إلى عمل فهو أحق به لأنه أعمل فكره وعقله وقلمه، من خالص فكره، وقد قال رسول الله ρ " من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به، وقال أيضا ρ "من أرضا ميتة فهي له"[2] .

---

[1] الدريني، حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، ص 121 .

(2) محمد عقلة: التأليف طبيعته والحقوق الواردة عليه، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الشريعة بجامعة جرش الأهلية بالأردن المنعقد في 6-8 تشرين ثاني 2001 تحت عنوان موقف الإسلام من مسألة الملكية الفكرية، ص8.

ثانيا: قوله ρ للصحابي الذي جاءه في خطبة إحدى النساء" قد زوجناكها بما معك من القرآن" فقد أجاز الرسول ρ لهذا الصحابي التزوج من امرأة بدون مهر سوى ما معه من قرآن الذي أصبح عوضا، ومهرا تستحل به الأبضاع، فكان من باب أولى أخذ العوض لتعليمه ونشره.

ثالثا:إن المنافع أموال عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وهي من الأمور المعنوية، وما من شك في أن الإنتاج الذهني للمؤلف يعد منفعة، ولذا فإنه يعد ما لا تجوز المعاوضة عنه شرعا[(1)] .

رابعا: أن ما أنتجه المؤلف من المؤلفات بم لة الصانع والمصنوع، فكما أن الصانع يملك مصنوعه، وكذلك حق المؤلف على ما ألفه، وذلك لأنه بذل فكره وجهده وأعمل عقله وصرف وقته وماله في البحث والمناقشة والاطلاع وجمع المعلومات والمصادر والمراجع واستخدام كل ما لديه من وسائل ممكنة ومتاحة[(2)] .

القول الثاني:ذهب بعض الفقهاء المعاصريم إلى منع ، الاعتياض، أي أخذ العوض المالي عن حق التأليف، وقد استدلوا على ذلك بعدة حجج منها[(3)] :

1-إن العلم عند علماء السلف عبادة وليس صنعة أو تجارة تستهدف ا المعاوضات المالية، ولذا كان أحدهم يدرس لله ويدرس لله تعالى، فإذا وفق الله تعالى أحدهم للكتابة والتصنيف كان ذلك لمحض العبادة وشكر المنعم سبحانه وتعالى، ويكفي العلماء أجرا توفيرهم وتكريمهم، فضلا عن الأجر العظيم لهم في الآخرة.

2-قوله تعالى:"**إن الذين يكْتمونَ ما أنزلنا من الْبينات والْهدى من بعد ما بيناه للناسِ في الْكتابِ أولَئك يلْعنهم الله ويلْعنهم اللاعنونَ** "[(4)] .

(1) البحر الرائق، ج7، ص298.

(2) التأليف، طبيعته و الحقوق الواردة عليه، ص9.

(3) فقه النوازل، ص201.

(4) البقرة: 159.

وقوله ρ"من كتم علما يعلمه ألجم يوم القيامة بلجام من نار"[1] ، ووجه الدلالة في ذلك أن في حقوق التأليف كتمانا للعلم، لأن المؤلف قد يحبس مصنفه عن الطبع والتداول، إذا لم يحصل على مردود مالي، كما أن حبس العلم نوع من كتم العلم يناله الوعيد الوارد في حديث رسول الله ρ.

3-إن الإنتاج العلمي أو الاجتهادات التي هي نتاج العقل لا تعتبر مالا ولا تعلق لها بالمال أولا وهي حق ولكنه غير مالي ولا يورث، لأن الوارث لا يرث الأصل وهو العقل فمن باب أولى لا يرث الفرع وهو ما ينتج عن الأصل من ابتكارات علمية أو اجتهادات[2] .

و لعل ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذي يرى بضرورة الاعتياض المالي عن حق التأليف، إذ أن تقرير المقابل المالي لهذا الحق هو وحده الذي يساعد المؤلف على إظهار إنتاجه العلمي والذهني وطرحه للاستفادة منه، أما عن القول بأن العلم طاعة وقربة وليس صناعة أو تجارة، فقد قال الفقهاء[3] إن" الأجر والثواب في الآخرة على كل عمل صالح يأتيه الإنسان لا يحول دون استحقاق صاحبه أجره وحقه في دنياه، عملا بمقتضى أل قطعي في الشريعة الغراء، وهو أن لكل إنسان حقه الثابت والمؤكد في ثمرة جهده وتعبه ولا سيما أن الجهد في الابتكار الذهني أشق وأعظم أثرا"، كما أنه لا يصح التعلل بأن طبع الكتاب أو أخذ نسخة منه لا يسبب خسارة للمؤلف، وإن قلل من ربحه أو مكسبه إذ أن الحصول على نسخة من الإنتاج الذهني بدون إذن صاحبه يشكل اعتداء على حق التأليف بصرف النظر عما إذا كان هذا العمل يلحقه بخسارة أم لا، كما أن قلة الربح تشتمل على ضرر يلحق بالمؤلف الذي يصبح من حقه الحصول على كل ما يعطيه إنتاجه الذهني من مزايا مالية وفوائد.

وبناء عليه، فحق التأليف حق مملوك لصاحبه، والملك يفيد الاختصاص والامتياز بالانتفاع والتصرف فيه بالبيع والإجارة أو غير ذلك أ و يمنع الآخرين من الاعتداء عليه إلا بإذن صاحبه. وهذا الامتياز في الحقوق المعنوية هو ما انتهت إليه بعض ا اميع الفقهية، فقد نظر مجلس ا مع الفقهي في دورته التاسعة المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من **12** إلى **19** رجب **1406** هـ في موضوع حقوق التأليف لمؤلفي الكتب والبحوث والرسائل العلمية، هل هي حقوق ثابتة مملوكة لأصحا ا ؟ و هل يجوز

---

(1) مسند الإمام أحمد، ج2، ص499-508 .

(2) الفروق، ج3، ص275.

(3) حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، ص144.

شرعا الاعتياض عنها والتعاقد مع الناشرين عليها ؟ و هل يجوز لأحد غير المؤلف أن ينشر كتبه وبحوثه وبيعها دون، إذ له على أ ا مباحة لكل أحد أو لا يجوز ؟

وقد انتهى مجلس ا مع الفقهي إلى نتائج منها ، مص القرار الآتي :

"يجب أن يعتبر للمؤلف والمخترع حق فيما ألف أو ابتكر، وهذا الحق هو ملك له شرعا لا يجوز لأحد أن يسطو عليه دون إذنه، وذلك بشرط أن يكون الكتاب أو البحث ليس في دعوة إلى منكر، أو بدعة، أو أي ضلالة تنافي شريعة الإسلام، وإلا فإنه حينئذ يجب إتلافه ولا يجوز ولا يجوز نشره"[(1)] .اهـ.

كما طرح مجمع الفقه الإسلام التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي موضوع "الحقوق المعنوية" أو"حقوق الابتكار" في دورته الخامسة المنعقدة في الكويت في 1 جماد الأولى **1409**هـ، الموافق **1988/12/10**، وقد انتهى إلى الإقرار بمالية الاسم التجاري والعلامة التجارية ونحوهما، ووجوب حماية هذه الحقوق، وأن أصحا ا لهم امتياز ا، وهذا نص القرار:

"**أولا**: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف، والاختراع أو الابتكار، وهي حقوق خاصة لأصحا ا، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد ا شرعا فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانيا: يجوز التصرف في الاسم التجاري، أو العنوان التجاري، أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقًا ماليا.

ثالثا: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعا، ولأصحا ا حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها"[(2)] .

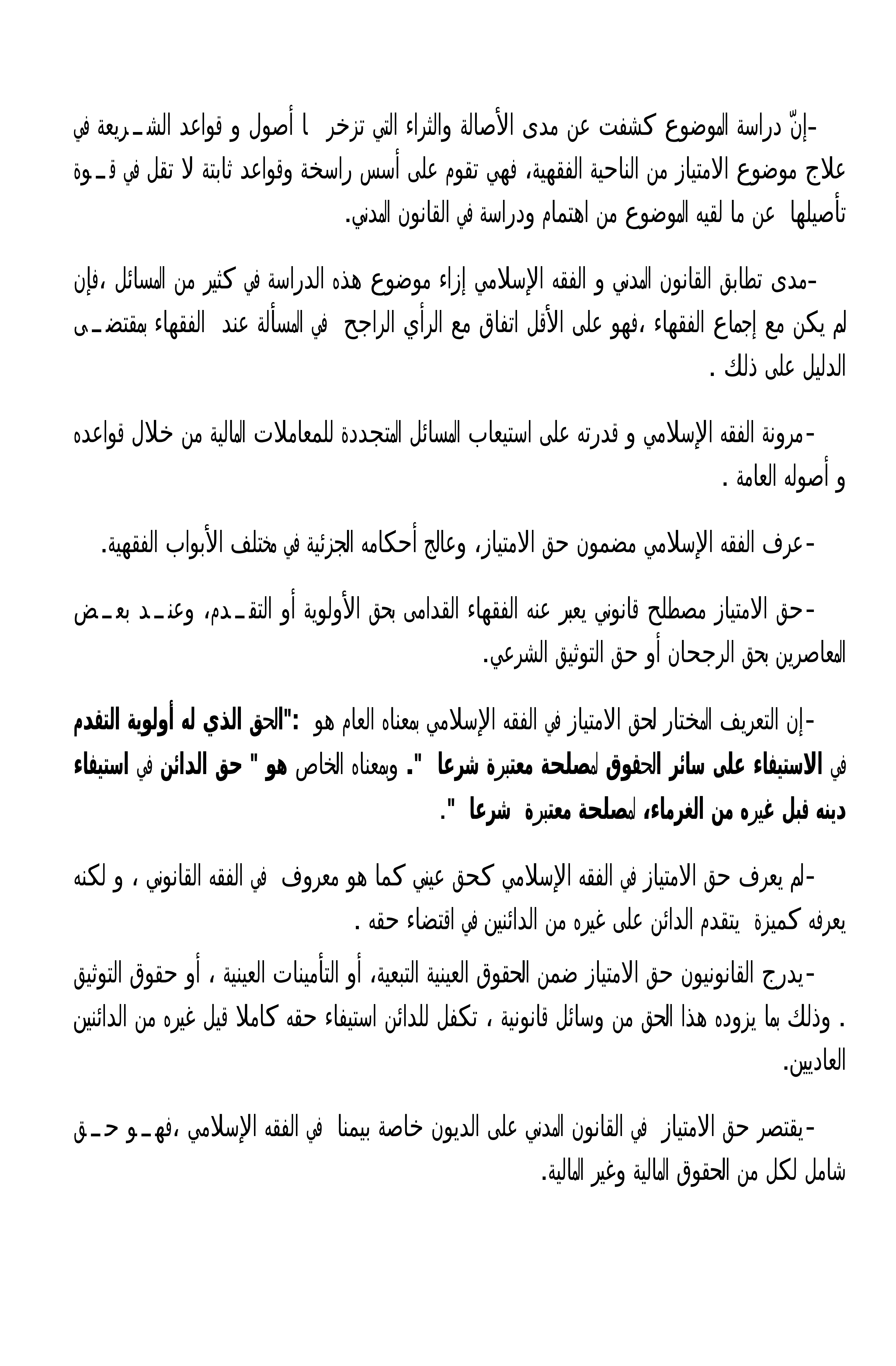
النتائج والتوصيات

وفي ختام هذا البحث ،نحمد الله تعالى أن يسر وأعان ووفق لإتمام هـذا العمـل في فصـول ومباحث سجلت من خلالها خلاصة تبرز أهم النتائج التي توصلت إليها على النحو الآتي:

---

(1) قرارات ا مع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ص194، (ط بدون).

(2) مجلة ا مع الفقهي، العدد: الخامس2581/3.



-إنّ دراسة الموضوع كشفت عن مدى الأصالة والثراء التي تزخر ا أصول و قواعد الشـريعة في علاج موضوع الامتياز من الناحية الفقهية، فهي تقوم على أسس راسخة وقواعد ثابتة لا تقل في قـوة تأصيلها عن ما لقيه الموضوع من اهتمام ودراسة في القانون المدني.

-مدى تطابق القانون المدني و الفقه الإسلامي إزاء موضوع هذه الدراسة في كثير من المسائل ،فإن لم يكن مع إجماع الفقهاء ،فهو على الأقل اتفاق مع الرأي الراجح في المسألة عند الفقهاء بمقتضـى الدليل على ذلك .

-مرونة الفقه الإسلامي و قدرته على استيعاب المسائل المتجددة للمعاملات المالية من خلال قواعده و أصوله العامة .

-عرف الفقه الإسلامي مضمون حق الامتياز، وعالج أحكامه الجزئية في مختلف الأبواب الفقهية.

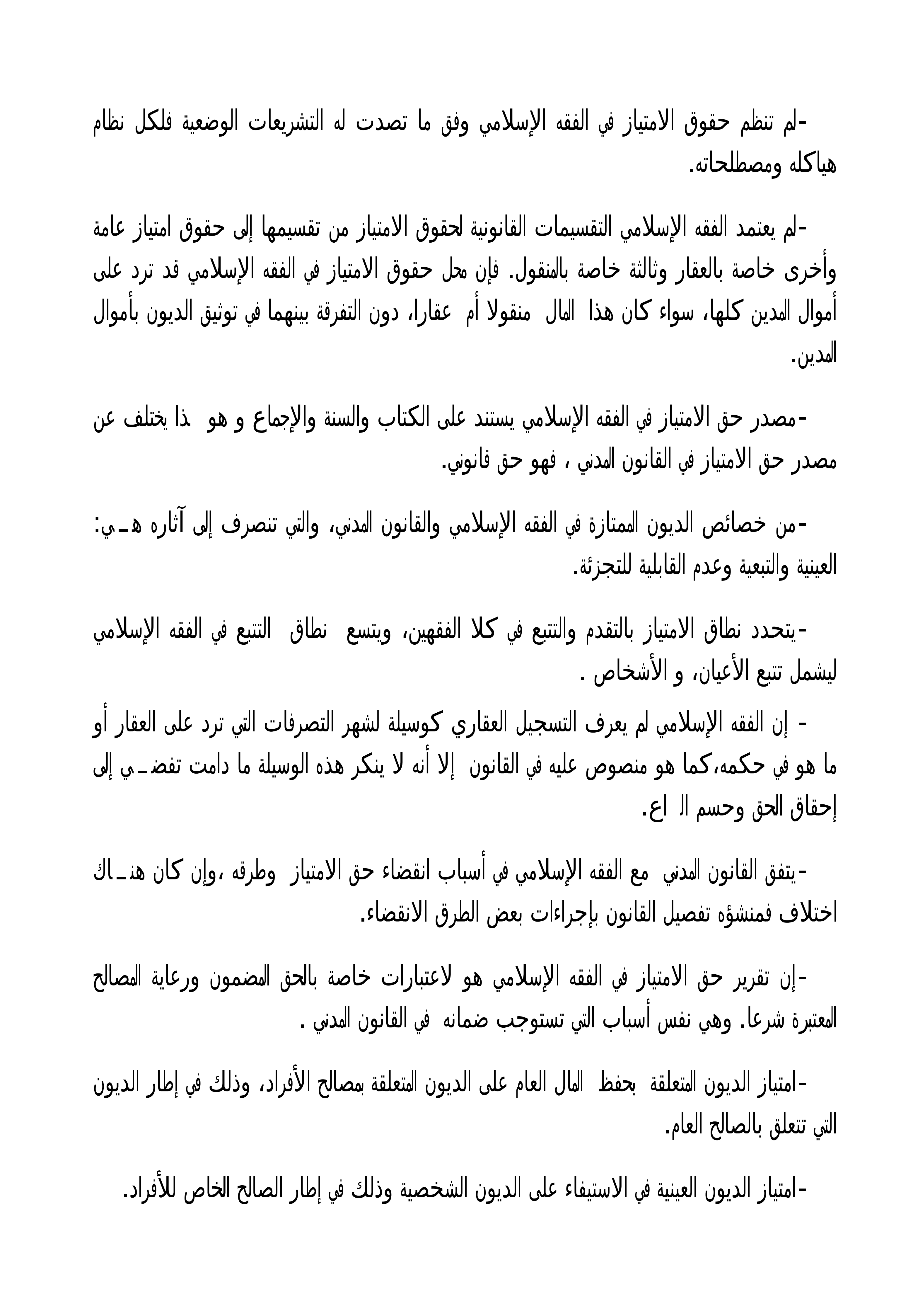
-حق الامتياز مصطلح قانوني يعبر عنه الفقهاء القدامى بحق الأولوية أو التقـدم، وعنـد بعـض المعاصرين بحق الرجحان أو حق التوثيق الشرعي.

-إن التعريف المختار لحق الامتياز في الفقه الإسلامي بمعناه العام هو **:"الحق الذي له أولوية التقدم في الاستيفاء على سائر الحقوق لمصلحة معتبرة شرعا ".** وبمعناه الخاص **هو " حق الدائن** في **استيفاء دينه قبل غيره من الغرماء، لمصلحة معتبرة شرعا ".**

-لم يعرف حق الامتياز في الفقه الإسلامي كحق عيني كما هو معروف في الفقه القانوني ، و لكنه يعرفه كميزة يتقدم الدائن على غيره من الدائنين في اقتضاء حقه .

-يدرج القانونيون حق الامتياز ضمن الحقوق العينية التبعية، أو التأمينات العينية ، أو حقوق التوثيق . وذلك بما يزوده هذا الحق من وسائل قانونية ، تكفل للدائن استيفاء حقه كاملا قبل غيره من الدائنين العاديين.

-يقتصر حق الامتياز في القانون المدني على الديون خاصة بينما في الفقه الإسلامي ،فهـو حـق شامل لكل من الحقوق المالية وغير المالية.



-لم تنظم حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي وفق ما تصدت له التشريعات الوضعية فلكل نظام هياكله ومصطلحاته.

-لم يعتمد الفقه الإسلامي التقسيمات القانونية لحقوق الامتياز من تقسيمها إلى حقوق امتياز عامة وأخرى خاصة بالعقار وثالثة خاصة بالمنقول. فإن محل حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي قد ترد على أموال المدين كلها، سواء كان هذا المال منقولا أم عقارا، دون التفرقة بينهما في توثيق الديون بأموال المدين.

-مصدر حق الامتياز في الفقه الإسلامي يستند على الكتاب والسنة والإجماع و هو ذا يختلف عن مصدر حق الامتياز في القانون المدني ، فهو حق قانوني.

-من خصائص الديون الممتازة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، والتي تنصرف إلى آثاره هـ ـي: العينية والتبعية وعدم القابلية للتجزئة.

-يتحدد نطاق الامتياز بالتقدم والتتبع في كلا الفقهين، ويتسع نطاق التتبع في الفقه الإسلامي ليشمل تتبع الأعيان، و الأشخاص .

- إن الفقه الإسلامي لم يعرف التسجيل العقاري كوسيلة لشهر التصرفات التي ترد على العقار أو ما هو في حكمه،كما هو منصوص عليه في القانون إلا أنه لا ينكر هذه الوسيلة ما دامت تفضـ ـي إلى إحقاق الحق وحسم الـ اع.

-يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أسباب انقضاء حق الامتياز وطرقه ،وإن كان هنـ ـاك اختلاف فمنشؤه تفصيل القانون بإجراءات بعض الطرق الانقضاء.

-إن تقرير حق الامتياز في الفقه الإسلامي هو لاعتبارات خاصة بالحق المضمون ورعاية المصالح المعتبرة شرعا. وهي نفس أسباب التي تستوجب ضمانه في القانون المدني .

-امتياز الديون المتعلقة بحفظ المال العام على الديون المتعلقة بمصالح الأفراد، وذلك في إطار الديون التي تتعلق بالصالح العام.

-امتياز الديون العينية في الاستيفاء على الديون الشخصية وذلك في إطار الصالح الخاص للأفراد.

- امتياز الديون المتعلقة بمصلحة حفظ النفس على الديون المتعلقة بحفظ المال، وذلـك في إطـار الديون التي تتعلق بالصالح العام و الخاص.

-إذا تزاحمت ديون الصحة وديون المرض قدمت الأولى على الثانية وتتقدم الديون في الاسـتيفاء على الوصية.

-لا خلاف بين الفقهاء في تقديم الوصايا على الإرث ،وأن لها امتيازا على حقوق الورثة، إن وسع المال جميع الوصايا، وإلا قدم الأكد فالأكد.

-ليس كل الحقوق الممتازة في الفقه الإسلامي محل اتفاق بين الفقهاء بل بعضها محل خلاف بينهم، وتوصلت إلى:

- امتياز حق البائع الذي لم يقبض شيئا من ثمن المبيع في استرداد ه عند إفلاس المشتري ، سـواء كان حيا أم ميتا، أما إذا قبض البائع بعض الثمن فإنه لا يثبت له حق الامتياز في عين ماله، وإنما هـو أسوة الغرماء.

-امتياز حق المر ن في استيفاء دينه من ثمن المال المرهون، وهو حق ثابت باتفاق الفقهاء.

- يتناول امتياز البائع في استرداد عين ماله ،غيره من المعاوضات كامتياز القرض ورأس مال السلم، فللمقرض وللمسلم حق امتياز بالرجوع في الدين مفضلا على بقية الغرماء، .

-امتياز الشريك غير المتقاسم في ضم نصيب شريكه إلى ملكه ، إذا ما أراد الشريك بيع حصته .
-امتياز الجار بالشفعة في حق من حقوق الملكية إذا كان طريقهما واحد .
-للشريك في الملك امتياز على الخليط في حق من حقوق الملك، والخليط له امتياز على الجار الملاصق.

-امتياز الشفيع له بالمبيع عند إفلاس البائع

-إن لمالك العين المغصوبة حق امتياز في استرداد ملكه، وأن ملكه لم يزل فيه، وله أرش النقص إذا نقصت العين باعتداء الغاصب.

-لا يختلف حق الحبس عن حق الامتياز من حيث ترتيب الأولوية للحابس في استيفاء حقه على سائر الدائنين، وذلك لأن الحابس لو لم يتقدم على باقي الدائنين في استيفاء حقه لم يكن لهذا الحبس فائدة وإثبات ثماره التي استشهد فيها الشرع من وراء تشريعه.و من هذه الامتيازات :

-امتياز حق مؤجر الأرض الزراعية في حبس ما نتج من المحصول لاستيفاء حقه إذا أفلس المستأجر بعد زرعها .

-امتياز حق الناقل بحبس البضائع لتحصيل أجرة النقل .

-امتياز حق الصانع بثمن الصنعة لضمان أجرة عمله ، إذا أفلس صاحبه .

- امتياز المودع لديه بحبس الوديعة لاستيفاء أجرة الإنفاق عليها

- امتياز الملتقط بحبس اللقطة لاستيفاء أجرة الإنفاق.

- امتياز ما ينفق في سبيل تسديد الديون المحيطة بأموال المحجور عليه ،عند بيع أمواله للوفاء بديونه ، كأجرة الحمال و المنادي والكيال، ونحوها من المؤن التي تتعلق بأموال المدين

- امتياز حق المحيي لما تم إحياؤه من الأرض الموات و تملك حريم الموات ، لأنه تبع له.

- امتياز حق المتحجر للموضع المحجر اختصاصا لا تمليكا لسبق يده

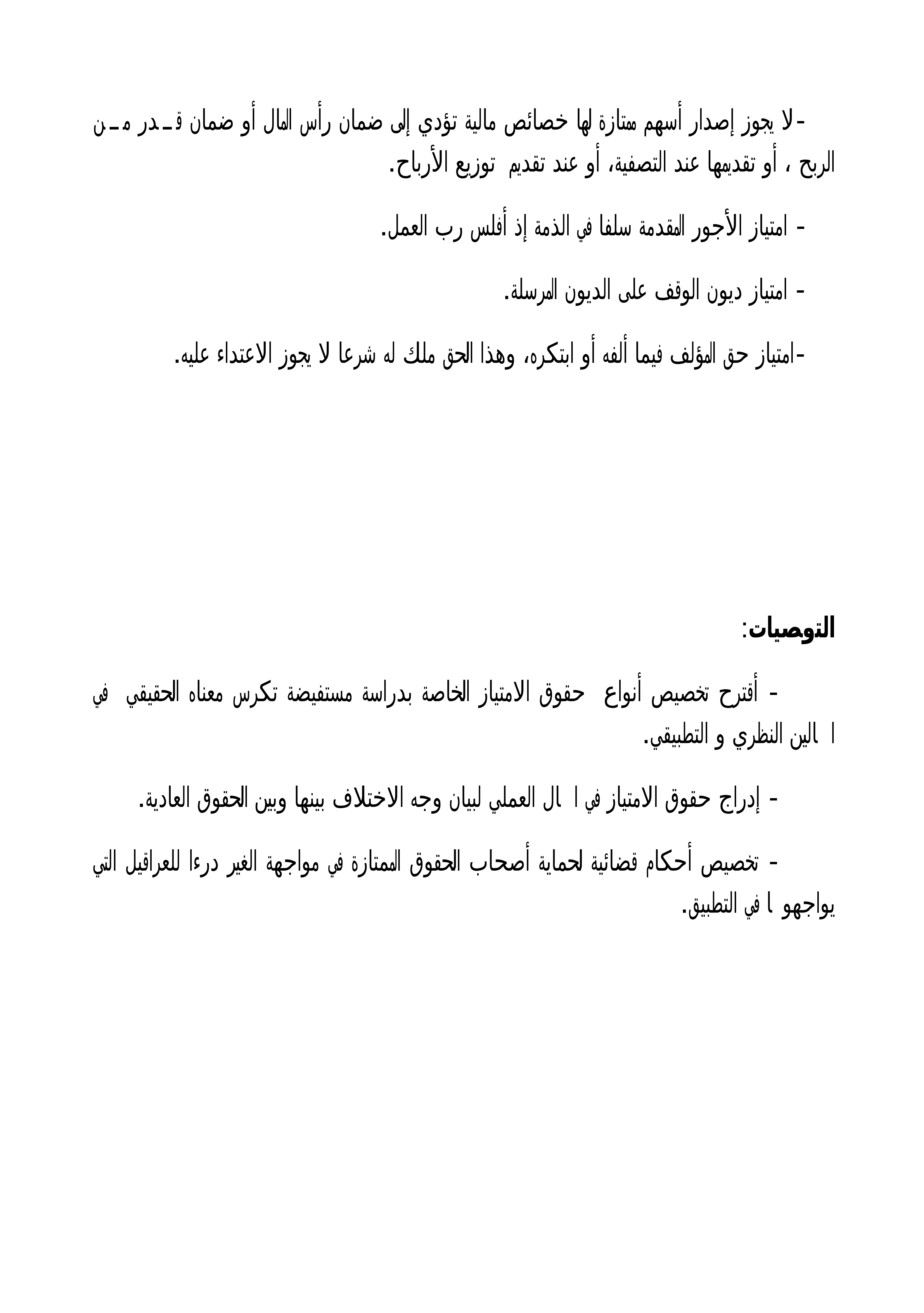
-عدم جواز منح امتياز الإقطاع في المعادن إلا بإذن ولي الأمر، إذا كان يحقق مصلحة .

-امتياز الأب بالولاية على النفس والمال أصالة ويشاركه في هذا الامتياز باقي العصبات من الأولياء.

-امتياز الوصي بالولاية نيابة عن الغير.

-امتياز الأم بحق حضانة ابنها.

-امتياز الزوج بحق إرجاع زوجته.



-لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال أو ضمان قـدر مـن الربح ، أو تقديمها عند التصفية، أو عند تقديم توزيع الأرباح.

- امتياز الأجور المقدمة سلفا في الذمة إذ أفلس رب العمل.

- امتياز ديون الوقف على الديون المرسلة.

-امتياز حق المؤلف فيما ألفه أو ابتكره، وهذا الحق ملك له شرعا لا يجوز الاعتداء عليه.

التوصيات:

- أقترح تخصيص أنواع حقوق الامتياز الخاصة بدراسة مستفيضة تكرس معناه الحقيقي في ا الين النظري و التطبيقي.

- إدراج حقوق الامتياز في ا ال العملي لبيان وجه الاختلاف بينها وبين الحقوق العادية.

- تخصيص أحكام قضائية لحماية أصحاب الحقوق الممتازة في مواجهة الغير درءا للعراقيل التي يواجهو ا في التطبيق.

الخاتمة

النتائج والتوصيات

وفي ختام هذا البحث ،نحمد الله تعالى أن يسر وأعان ووفق لإتمام هـذا العمـل في فصـول ومباحث سجلت من خلالها خلاصة تبرز أهم النتائج التي توصلت إليها على النحو الآتي:

1- إنّ دراسة الموضوع كشفت عن مدى الأصالة والثراء التي تزخر ا أصول و قواعد الشريعة في علاج موضوع الامتياز من الناحية الفقهية، فهي تقوم على أسس راسخة وقواعد ثابتـة لا تقل في قوة تأصيلها عن ما لقيه الموضوع من اهتمام ودراسة في القانون المدني.

2- مدى تطابق القانون المدني و الفقه الإسلامي إزاء موضوع هذه الدراسة في كثير من المسـائل ،فإن لم يكن مع إجماع الفقهاء ،فهو على الأقل اتفاق مع الرأي الراجح في المسألة عنـد الفقهاء بمقتضى الدليل على ذلك .

3- مرونة الفقه الإسلامي و قدرته على استيعاب المسائل المتجددة للمعاملات المالية مـن خـلال قواعده و أصوله العامة .

4- عرف الفقه الإسلامي مضمون حق الامتياز، وعالج أحكامه الجزئية في مختلف الأبواب الفقهية.

5- حق الامتياز مصطلح قانوني يعبر عنه الفقهاء القدامى بحق الأولوية أو التقدم، وعنـد بعـض المعاصرين بحق الرجحان أو حق التوثيق الشرعي.

ـ إن التعريف المختار لحق الامتياز في الفقه الإسلامي بمعناه العام هو **:"الحق الذي له أولوية التقدم** في **الاستيفاء على سائر الحقوق** ل**مصلحة معتبرة شرعا ".** ومعناه الخاص **هو " حق الدائن** في **استيفاء دينه قبل غيره من الغرماء،** ل**مصلحة معتبرة شرعا ".**

ـ لم يعرف حق الامتياز في الفقه الإسلامي كحق عيني كما هو معروف في الفقه القانوني ، و لكنه يعرفه كميزة يتقدم الدائن على غيره من الدائنين في اقتضاء حقه .

6- يدرج القانونيون حق الامتياز ضمن الحقوق العينية التبعية، أو التأمينات العينيـة ، أو حقـوق التوثيق . وذلك بما يزوده هذا الحق من وسائل قانونية ، تكفل للدائن استيفاء حقه كـاملا قبل غيره من الدائنين العاديين.

7- يقتصر حق الامتياز في القانون المدني على الديون خاصة بينما في الفقه الإسلامي ،فهو حـق شامل لكل من الحقوق المالية وغير المالية.

8- لم تنظم حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي وفق ما تصدت له التشريعات الوضعية فلكل نظام هياكله ومصطلحاته.

-9

10- لم يعتمد الفقه الإسلامي التقسيمات القانونية لحقوق الامتياز من تقسيمها إلى حقوق امتياز عامة وأخرى خاصة بالعقار وثالثة خاصة بالمنقول. فإن محل حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي قد ترد على أموال المدين كلها، سواء كان هذا المال منقولا أم عقارا، دون التفرقة بينهما في توثيق الديون بأموال المدين.

11- مصدر حق الامتياز في الفقه الإسلامي يستند على الكتاب والسنة والإجماع و هو ذا يختلف عن مصدر حق الامتياز في القانون المدني ، فهو حق قانوني.

12- من خصائص الديون الممتازة في الفقه الإسلامي والقانون المدني ،و التي تنصرف إلى آثاره هي: العينية والتبعية وعدم القابلية للتجزئة.

ـ يتحدد نطاق الامتياز بالتقدم و التتبع في كلا الفقهين ، ويتسع نطاق التتبع في الفقه الإسلامي ليشمل تتبع الأعيان، و الأشخاص .

13- ـ إن الفقه الإسلامي لم يعرف التسجيل العقاري كوسيلة لشهر التصرفات التي ترد علـى العقار أو ما هو في حكمه،كما هو منصوص عليه في القانون إلا أنه لا ينكر هذه الوسيلة ما دامت تفضي إلى إحقاق الحق وحسم الـ اع.

14- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أسباب انقضاء حق الامتياز وطرقه ،وإن كـان هناك اختلاف فمنشؤه تفصيل القانون بإجراءات بعض الطرق الانقضاء.

15- إن تقرير حق الامتياز في الفقه الإسلامي هو لاعتبارات خاصة بالحق المضمون ورعاية المصالح المعتبرة شرعا.و هي نفس أسباب التي تستوجب ضمانه في القانون المدني .

-16

17- -امتياز الديون المتعلقة بحفظ المال العام على الديون المتعلقة بمصالح الأفراد ، وذلـك في إطار الديون التي تتعلق بالصالح العام.

18- امتياز الديون العينية في الاستيفاء على الديون الشخصية وذلك في إطار الصـالح الخـاص للأفراد.

19- - امتياز الديون المتعلقة بمصلحة حفظ النفس على الديون المتعلقة بحفظ المال، وذلـك في إطار الديون التي تتعلق بالصالح العام و الخاص.

20- إذا تزاحمت ديون الصحة وديون المرض قدمت الأولى على الثانية وتتقدم الـديون فـي الاستيفاء على الوصية.

21- لا خلاف بين الفقهاء في تقديم الوصايا على الإرث ،وأن لها امتيازا على حقوق الورثة، إن وسع المال جميع الوصايا، وإلا قدم الأكد فالأكد.

22- ليس كل الحقوق الممتازة في الفقه الإسلامي محل اتفاق بين الفقهاء بل بعضها محل خـلاف بينهم، وتوصلت إلى:

-23

24- امتياز حق البائع الذي لم يقبض شيئا من ثمن المبيع في استرداد ه عند إفلاس المشـتري ، سواء كان حيا أم ميتا، أما إذا قبض البائع بعض الثمن فإنه لا يثبت له حق الامتياز في عين ماله، وإنما هو أسوة الغرماء.

25- امتياز حق المر ن في استيفاء دينه من ثمن المال المرهون، وهو حق ثابت باتفاق الفقهاء.

26- يتناول امتياز البائع في استرداد عين ماله ،غيره من المعاوضات كامتياز القرض ورأس مال السلم، فللمقرض وللمسلم حق امتياز بالرجوع في الدين مفضلا على بقية الغرماء، .

- امتياز الشريك غير المتقاسم في ضم نصيب شريكه إلى ملكه ، إذا ما أراد الشريك بيع حصته .
- امتياز الجار بالشفعة في حق من حقوق الملكية إذا كان طريقهما واحد .

ـ للشريك في الملك امتياز على الخليط في حق من حقوق الملك، والخليط له امتياز على الجار الملاصق.

27- ـ امتياز الشفيع له بالمبيع عند إفلاس البائع

-28

29- إن لمالك العين المغصوبة حق امتياز في استرداد ملكه، وأن ملكه لم يزل فيـه، ولـه أرش النقص إذا نقصت العين باعتداء الغاصب.

30- لا يختلف حق الحبس عن حق الامتياز من حيث ترتيب الأولوية للحابس في استيفاء حقه على سائر الدائنين، وذلك لأن الحابس لو لم يتقدم على باقي الدائنين في استيفاء حقه لم يكن لهذا الحبس فائدة وإثبات ثماره التي استشهد فيها الشرع من وراء تشريعه.و من هذه الامتيازات :

31- امتياز حق مؤجر الأرض الزراعية في حبس ما نتج من المحصول لاستيفاء حقه إذا أفلس المستأجر بعد زرعها .

32- امتياز حق الناقل بحبس البضائع لتحصيل أجرة النقل .

33- امتياز حق الصانع بثمن الصنعة لضمان أجرة عمله ، إذا أفلس صاحبه .

34- امتياز المودع لديه بحبس الوديعة لاستيفاء أجرة الإنفاق عليها .

35- امتياز الملتقط بحبس اللقطة لاستيفاء أجرة الإنفاق

36- . امتياز ما ينفق في سبيل تسديد الديون المحيطة بأموال المحجور عليه ،عند بيع أمواله للوفاء بديونه ، كأجرة الحمال و المنادي و الكيال ، و نحوها من المؤن التي تتعلق بأموال المدين

37- امتياز حق المحيي لما تم إحياؤه من الأرض الموات و تملك حريم الموات ، لأنه تبع له.

38- امتياز حق المتحجر للموضع المحجر اختصاصا لا تمليكا لسبق يده

39- عدم جواز منح امتياز الإقطاع في المعادن إلا بإذن ولي الأمر، إذا كان يحقق مصلحة .

-40

41- لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال أو ضمان قـدر من الربح ، أو تقديمها عند التصفية ،أو عند تقديم توزيع الأرباح.

42- امتياز الأجور المقدمة سلفا في الذمة .

43- امتياز ديون الوقف على الديون المرسلة.

44- امتياز حق المؤلف فيما ألفه أو ابتكره، وهذا الحق ملك له شرعا لا يجوز الاعتداء عليه.

التوصيات:

أقترح تخصيص أنواع حقوق الامتياز الخاصة بدراسة مستفيضة تكرس معناه الحقيقي في ا الين النظري و التطبيقي

إدراج حقوق الامتياز في ا ال العملي لبيان وجه الاختلاف بينها و بين الحقوق العادية

تخصيص أحكام قضائية لحماية أصحاب الحقوق الممتازة في مواجهة الغير درءا للعراقيل التي يواجهو ا في التطبيق .

الملاحق

الباب الرابع: حقوق الامتياز
الفصل الأول: أحكام عامة

المادة 982: الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته.

ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني.

المادة 983: مرتبة الامتياز يحددها القانون، فإذا لم يوجد نص خاص يعين مرتبة الامتياز يأتي هذا الامتياز بعد الامتياز بعد الامتياز المنصوص عنها في هذا الباب.

وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة، فإ ا تستوفي عن طريق التسابق، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك.

المادة 984: ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار. أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين.

المادة 985: لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية.

ويعتبر حائزا بحكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها ال لاء في فندقه.

وإذا خشي الدائن لأسباب معقولة، تبديد المنقول المترتب عليه حق امتياز لمصلحته، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة.

المادة 986: تسري على حقوق الامتياز العقارية، أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق.

وتسري بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد وشطب.

غير أن حقوق الامتياز العامة ولو كانت مترتبة على عقار لا يجب فيها الإشهار ولا حق التتبع. ولا حاجة للإشهار أيضا في حقوق الامتياز العقارية الضامنة، بمبلغ مستحقة للخزينة العامة، وهذه الحقوق الممتازة جميعا تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر أو حق رهن رسمي مهما

كان تاريخ قيده، أما فيما بينهما فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزينة يتقدم على حقوق الامتياز العامة.

المـادة 987: يسري على الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهـلاك الشـيء أو تلفه.

المـادة 988: ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها الرهن الرسمي وحق رهـن الحيـازة، ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

الفصل الثاني: أنواع الحقوق الممتازة

المـادة 989: تكون الحقوق المبنية في المواد التالية ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصـوص خاصة.

القسم الأول: حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

المـادة 990: المصاريف القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، لها امتياز على ثمن هذه الأموال.

وتستوفي هذه المصاريف قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهان رسمي بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصاريف في مصلحتهم. وتتقدم المصاريف التي أنفقت في بيع الأمـوال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع.

المـادة 991: المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان، لها امتياز ضمن الشروط المقررة في القوانين والمراسيم الواردة في هذا الشأن.

وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت وقبل أي حق آخـر، ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي، ما عدا المصاريف القضائية.

المـادة 992: المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم، يكون لها امتياز عليه كله.

وتستوفي هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصاريف القضـائية والمبـالغ المستحقة للخزينة العامة مباشرة. أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسـب الترتيـب العكسـي لتواريخ صرفها.

المـادة 993: يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار:

- المبالغ المستحقة للخدم، والكتبة، والعمال وكل أجير آخر، من أجرهم ورواتبهم من أي نـوع كان عن الأثني عشر شهرا الأخيرة.
- المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة.
- النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة.

وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة العامـة ومصـاريف الحفظ والترميم، أما فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها.

المـادة 994: المبـالغ المترتبة على البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات، والمبالغ المترتبة على أعمال الزراعة والحصاد، يكون لها امتياز على المحصول الذي صـرفت في إنتاجـه وتكون لها جميعا مرتبة واحدة.

المـادة 995: يكون لأجرة المباني، والأراضي الزراعية لسنتين أو لكامل مدة الإيجار إن قلـت عـن ذلك، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار امتياز على ما يكون موجـودا بـالعين المـؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي.

يثبت هذا الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت المؤجر إن كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليهـا، وذلـك دون إخـلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة.

ويقع الامتياز أيضا على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر الفرعي إذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الإيجار الفرعي، فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتيـاز إلا للمبـالغ المسـتحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر الفرعي في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر.

وتستوفي هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال الواقع عليها الامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في المؤجر باعتباره حائزا حسن النية.

وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة، على الرغم من معارضة المؤجر أو علـى غير علم منه ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة، بقي الامتياز قائما على الأموال التي نقلت دون أن يضر ذلك الحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال، ويبقى الامتياز قائما ولو اضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجـزا اسـتحقاقيا في الأجـل القانوني، غير أنه إذا بيعت هذه الأموال إلى المشتر حسن النية في سوق عام أو بالمزاد العلني أو ممن يتجر في مثلها، وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري.

المـادة 996: المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة ال يل عن الأجرة الإقامة والمؤونة وكـل مـا صرف لحسابه، ويكون لها امتياز على الأمتعة التي أحضرها ال يل إلى الفندق أو ملحقاته.

ويقع الامتياز على المتعة ولو كانت غير مملوكة لل يل إلا إذا أثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة، ولصاحب الفنـدق أن يعارض في نقل الأمتعة من فندقه ما دام لم يستوف حقه كاملا، فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضـته أو دون علمه، فإن حق الامتياز يبقى قائما عليها دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن النية.

ولامتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التي تكون لامتياز المؤجر، فإذا تزاحم الحقان قدم من سبق في التاريخ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة للآخر.

المـادة 997: ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على الشيء المبيع، ويبقى الامتياز قائما ما دام المبيع محتفظا بذاتيته وهذا دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن النية، مـع مراعاة الأحكام الخاصة بالمسائل التجارية.

ويكون هذا الامتياز تاليا في المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول، إلا أنه يسري في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أ ما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق.

المـادة 998: للشركاء الذين اقتسموا منقولا، حق امتياز عليه تأمينا لحق كل منهم في الرجوع علـى الآخرين بسبب القسمة، وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل.

وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التي تكون لامتياز البائع، فإذا تزاحم الحقان قدم من سبق في التاريخ.

القسم الثاني: حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار

المـادة 999: ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على العقار المبيع.

ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلا، وتكون مرتبته من تاريخ البيع إذا وقع التقييد في ظرف شهرين من تاريخ البيع.

فإذا انقضى هذا الأجل أصبح الامتياز رهنا رسميا.

المـادة 1000: المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم بتشـييد أبنيـة أو منشآت أخرى في إعادة تشييدها أو في ترميمها أو في صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشـآت، ولكن بقدر ما يكون زائدا بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه.

ويجب أن يقيد الامتياز، وتكون مرتبته من وقت القيد.

المـادة 1001: إن للشركاء الذين اقتسموا عقارا، حق امتياز عليه تأمينا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن يقيد هذا الامتيـاز وتكون مرتبته مماثلة لشروط امتياز البائع المشار إليه في المادة 999.

المـادة 1002: لا تطبق مدة التقادم المحددة في هذا القانون إلا على الوقائع التي ترد بعد نشـر هـذا الأمر.

المـادة 1003: يسري مفعول هذا الأمر ابتداءا من تاريخ 25 جمادى الثانية عام 1395 الموافـق 5 يوليو 1975 وينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

وحرر بالجزائر في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975.

هواري بومدين

الفهارس

فهارس الآيات القرآنية

الآيـــــــــة	رقـــم الآيـــة
{والوالدات يرضعن أولادهن حولين}	البقرة : 233
{وبعولتهن أحق بردهن في ذَلك إنْ أرادوا إصلاحاً }	البقرة : 228
{وإنْ كانَ ذُو عسرة فَنظرةٌ إلى ميسرة }	البقرة : 280
{وإنْ كُنتم على سفَرٍ ولم تجِدوا كاتباً فَرهانٌ مقْبوضةٌ }	البقرة : 283
{هنالك دعا زكريا ربه قَالَ رب هب لي من لَدنك ذُريةً طَيبةً إنك سميع الدعاءِ }	آل عمران: ٣٨
{من بعد وصية يوصي بِها أو دينٍ }	النساء : 11
{يا أيها الذين آمنوا لا تأكُلُوا أموالَكُم بينكُم بِالْباطلِ}	النساء: ٢٩
{يا أيها الذين آمنوا أوفُوا بِالْعقُود }	المائدة : 01
{ولا تبخسوا الناس أشياءَهم }	الأعراف : 85
{فَاستجبنا له ووهبنا له يحيى }	الأنبياء: ٩٠
{ليميز الله الْخبِيثَ من الطيبِ }	الأنفال : 37
{لَن ينالَ الله لُحومها ولا دماؤها }	الحج : 37
{وامتازوا اليوم أيها الْمجرمونَ}	يس : 59
{فَساهم فَكَانَ من الْمدحضين }	الصافات : 141
{ولَكن حقت كَلمةُ الْعذَابِ على الْكَافرين }	الزمر : 71
{أسكنوهن من حيثُ سكَنتم من وجدكُم }	الطلاق : 06
{تكَاد تميز من الْغيظ }	الملك :08
{كُل نفْسٍ بِما كَسبت رهينةٌ}	المدثر : 38

فهرس الأحاديث النبوية

فهـــرس الأعلام

فهــرس الكلمات المشروحة

فهرس المصادر والمراجع

حرف الألف

1- أثار الإفلاس في استيفاء الدائنين، حقوقهم من التفليسية، بسيوني، عبد الأول عابدين محمـد دار الفكر، الإسكندرية، ط1، 2008.

2- الأحكام السلطانية، للقاضي أبي يعلى، ت: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، د ط، بيروت، 1983م.

3- أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، - مسعود الهلالي جسور للنشر والتوزيـع، ط1، 2008.

4- أحكام التركات والمواريث،- أبو زهرة محمد، دار الفكر العربي، د.ط.

5 - أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، عبد الله بن محمد الدرعان، مكتبـة التوبـة، الريـاض، ط1، 1415 هـ.

6- أحكام الضمان العيني والشخصي، السيد عبد نايل، مطابع جامعة الملك سعود، دط،1419هـ.

8- الإجماع، ابن المنذر، ت: فؤاد عبد المنعم، أحمد، ط2 ، 1407 هـ

إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط، 1985م.

ـ إعلام الموقعين عن رب العالمين ،ابن **القيم الجوزية** ، ،ت : طه عبد الرؤوف مسعد ، دار الجبل ، بيروت

9- الأعلام، خير الدين الزركلي، دار ابن حزم، ط 1، 1998م.

10- أساس البلاغة، جار الله محمود بن عمر الزمخشري، ت: عبد الرحيم محمود، دار المعرفة، بيروت، د ط .

11- الإ اج شرح المنهاج، علي بن عبد الكافي السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1984

ـ إحياء الموات ، الزحيلي ، مطابع جامعة الملك عبد العزيز ،ط1 ،1990 .

12- الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ابن عبد البر، ت : علي نعوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط.

13- أسنى المطالب شرح روض الطالب، لزكريا الأنصاري، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د ط

14- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك إلى مذهب الإمام مالك، أبو بكـر حسـن الكشـناوي، صححه عبد السلام شاهين دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995م.

15- الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، أحمد الخليل، دار ابن الجوزي، ط1،.1424

16- الاستذكار، أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، ت : أمين قلعجي، دار الـوعي، بيروت، ط 1، 1993م.

17- الأشباه والنظائر، ابن نحيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، ت : عبد العزيز محمد الوكيل، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1968م.

18- الإصابة في تمييز الصحابة، لبن حجر العسقلاني، دار الكتب العلنية، د ط.

19- أصول القانون عبد المنعم فرج الصده، مطبعة مصطفى البابي وأولاده بمصر، ط 1، 1965م.

21- الأم، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1404 هـ .

22- الأموال، لأبي عبيد، ت : محمد خليل هراس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، .1986

23- الامتيازات الاتفاقية على الديون في حالة المقاصة والإفلاس من الوجهة الشرعية، عبد الله محمـد عبد الله، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي، المنعقد في الكويت 28 ـ 31 مايو 1990 م، ط 1، 1413 هـ .

24- الامتيازات الاتفاقية على الديون الديون في حالة المقاصة والافلاس من الوجهة الشرعية، محمـد سليمان الأشقر، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكـويتي، المنعقـد في الكويت 28 ـ 31 مايو 1990 م، ط 1، 1413هـ .

25- أولوية استيفاء الديون، دراسة تطبيقية مقارنة في الفقه الإسلامي والقـانون الوضـعي، رسـالة دكتوراه، عبد الله مبروك محمد عبد العزيز، النجار، 1983، غير مطبوعة.

26- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، ت: محمد الفقيه، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط.

27- البحر الرائق، شرح كـ الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، مع تكملة الجزء الثـامن منـه للشيخ الطوري، ت: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،1997م.

حرف الباء

28- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الإمام أبو بكر علاء الدين بن مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1974.

29- بداية ا تهد و اية المقتصد الإمام أب والوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمـد، دار الكتـب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة العاشرة 1988.

30- البناية في شرح الهداية، محمود بن أحمد العيني، دار الفكر، بيروت، ط2،1411 هـ .

31- البهجة شرح التحفة أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار الفكر، بيروت، دط، 1991.

البيان و التحصيل

حرف التاء

32- التأمينات الشخصية والعينية، - توفيق حسن فرج، منشورات المكتب العربي 1986.

33- التأمينات الشخصية والعينية، جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية القاهرة، د.ط.

34- التأمينات العينية، حسين عبد اللطيف حمدان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانيـة، 2003.

35- التأمينات العينية والشخصية، همام محمود زهران منشورات دار المعرفة الاسكندارية، 1999.

36- التأمينات الشخصية والعينية، سمير عبد السيد تناغو، د.ط ، 1975.

37- التأمينات الشخصية والعينية، زكي، محمود جمال الدين، مطابع دار الشعب، القاهرة، ط3، سنة 1979.

38- الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، السعدي، محمد صبري، دار هومة للطباعة الجزائر، ط 1، سنة 2008 ـ 2009.

39- التأمينات العينية، أحمد سفر، بيروت، د ط 2003م.

40- التاج والإكليل شرح مختصر خليل، محمد المواق، دار الفكر بيروت، ط 3، 1992م.

41- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن موتضى الزبيدي، ت: علـي شـيري، دار الفكـر بيروت، ط 1، 1994م.

42- تبيين الحقائق، شرح كـ الرقائق، للإمام الزيلعي، عثمان بن علي بن محمد - وهو شرح على متن كـ الدقائق للنسفي، مطبعة بولاق، القاهرة، 1315 د.

43- تحفة المحتاج بشرح المنهاج، احمد بن حجر الهيثمي مع حاشية الشرواني، دار إحيـاء التـراث ، مصر، د ط.

44- تذكرة الحفاظ، الذهبي، دار الكتب العلمية، د ط.

45- تكملة ا موع شرح المهذب، محمد نجيب المطيعي، دار إحياء التراث العربي، د ط.

46- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ابن حجر العسقلاني، ت: السـيد عبـد الله هاشم اليماني، دار المعرفة، يروت، د ط.

47- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ابن عبد البر القرطبي، ت: سعيد أعراب وآخرون، دط

حرف الجيم

48- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ρ وسننه وأيامه، أبو عبد الله محمـد بـن إسماعيل البخاري، ت : فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية، ط1، 1400 هـ.

49- الجامع لأحكام القرآن ،أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القـرطبي، ت : محمـد إبـراهيم الحفناوي، دار الحديث، القاهرة، ط 1، 1992 م.

حرف الحاء

50- حاشية الطحاوي على الدر المختار، أبي جعفر محمد الطحاوي ت: أبو الوفا الأفغاني، دار إحياء التراث ط 1، 1406هـ.

51- حاشية أحمد الشلبي على شرح كـ الدقائق المطبوع على هامش تبيين الحقائق ، مطبعة بـولاق، القاهرة ، 1313هـ .

52- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد عرفة، دار الفكر، بيروت، د ط.

53- حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمـد الرهـوني، دار الفكر، بيروت، د ط، 1988 م.

54- حاشية الخرشى على مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، دار الكتـب العلميـة بيروت، ط 1، 1998 م.

55- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، د ن، ط 1، 1997 م.

56- حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، د ط.

57- حاشية البيجرمي على شرح الخطيب لمتن أبي شجاع، سليمان بن محمد بن عمر البجيرمـي، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، 1994م.

58- حاشية القليوبي على شرح الجلال المحلى، شهاب الدين أحمد بن محمد بن سلامة القليـوبي، دار الفكر، بيروت، د ط.

59- الحاوي الكبير، أبي الحسن الماوردي، ت : علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط 1، 1994م.

60- حق الحبس في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة،- أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

61- الحق والدمة وتأثير الموت فيهما، علي الخفيف، مكتبة وهبة، د ط، 1945م.

62- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1998م.

63- حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي، .ياسين القرالة، بحث منشور في ا لة الأردنية في الدراسـات الإسلامية ا لد الثالث، العدد الثالث، أيلول 2007، جامعة آل البيت.

64- الحقوق العينية التبعية، سوار، وحيد الدين، الكتاب الثالث، دار الثقافة بالأردن، ط1، الإصـدار الخامس .

ـ الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، داود أحمد محمد علي وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، د ط، الأردن، 1982،

حرف الخاء

65- الخراج، القاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم، دار المعرفة، بيروت، د ط.

حرف الدال

66- درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، تعريب : المحامي فهمي الحسيني بدار الكتب العلمية، بيروت، د ط.

67- الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي لابن المبرد، ت: رضـوان بـن غريبـة، دار ا تمـع، ط1، 1411هـ

68- دروس في التأمينات العينية والشخصية، - محمد لبيب شنب، منشـورات دار النهضـة العربيـة القاهرة، د ط.

حرف الذال

69- الذخيرة، القرافي، ت : محمد أبو خبزة، دار الغرب الإسلامي، ط 1، 1994م.

حرف الراء

70- رد المحتار على الدر المختار أو حاشية ابن عابدين للإمام محمد أمين بن عمر، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1979م.

71- روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبي زكريا يحيي بن شرف الدين النووي، المكتـب الإسـلامي، بيروت، ط 2، 1985م.

72- الرهن الوارد على غير الأعيان، حسان حسين حامد، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصـاد، العددين الثالث والرابع، 1971م.

73- حقوق الامتياز ـ دراسة مقارنة في القوانين العربية مع فقه الشـريعة الإسـلامية في الشـريعة الإسلامية ، رجيب ، بيان ـ دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى 2009.

حرف السين

74- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، الشوكاني، ت: محمد إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية أ ط 1، 1405 هـ .

75- سبل السلام في شرح بلوغ المرام، الصنعاني، ت: ؟

76- سنن ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن زيد بن ماجه القزويني، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبـة العلمية، بيروت، د ط.

78- سنن أبي داود، أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، ت: محمد لم محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، د ط.

79- سنن الترمدي، أبو عيسى محمد بن سورة الترمدي، ت: أحمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط.

80- سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني، ت: السيد عبد الله هاشـم اليمـاني، دار المحاسـن، القاهرة، د ط.

81- سنن النسائي، أحمد بن شعيب النسائي، دار الكتب العلمية، د ط.

حرف الشين

82- شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، سعد الدين التفتازاني ، ، ت : زكريـا عمـيرات ،دار الكتب العلمية، 1996م . بيروت.

83- شرح حدود ابن عرفة، أبي الحسن بن محمد الأنصاري الرصاع، ت: محمد أبـو الأجفـان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1993م.

ـ شرح قانون الأحوال الشخصية، ـ السرطاوي، محمود علي، دار الفكر، عمان، 1997م

84- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد مخلوف، دار الفكر، بيروت، د ط.

85- شخصيات وأفكار، مجد بن أحمد مكي، مركز الراية، دمشق، ط 1، 1425هـ.

86- شذرات الذهب في أخبار من دهب، عبد الحي أحمد بن العماد، ت: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، ط 1، 1993م.

87- الشرح الكبير على مختصر خليل، أبو البركات سيدي أحمد بن محمد بن أحمد بـن أبي الحكـم الدردير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.

88- الشرح الصغير على أقرب المسالك، أحمد بن محمد الصاوي مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، د ط، 1952.

89 - شرح صحيح مسلم، أبو زكريا يحيي بن شرف الدين النـووي، دار المعرفـة، بـيروت، ط2، 1985م.

90- شرح العناية على الهداية للإمام كمال الدين محمد بن محمود البابرتي، مطبوع مع فتح القدير؟

91- شرح معاني الآثار، أبي جعفر محمد الطحاوي، دار الكتب العلمية، ط 2، 1987م.

92- شرح الزركشي على مختصر الخرقي، شمس الدين محمد بن عبد الله، ت: عبد الله عبد الرحمن بن عبد الله، مكتبة العبيكان، د ط.

93- شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن اريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، د ط.

94- شرح ميارة على تحفة الحكام، الفاسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1430هـ.

95- شرح النيل وشفاء العليل، أطفيش، محمد بن يوسف بن عيسى، دار التراث العربي، 1973.

96- الشركات في الشريعة الإسلامية، عبد العزيز خياط،مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1408هـ.

حرف الصاد

97- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري إسماعيل بن حماد، ت: أحمد عبد الغفور عطـار، دار العلم للملايين، ط 3، 1984م.

حرف الضاد

98- الضوابط الشرعية والقانونية لاختلف المؤجر والمستأجر، داود، محمد عبد المقصود حسـن ، دار الجامعة الجديدة للنشر 2002.

حرف الطاء

99- طبقات الشافعية الكبرى، السبكي، ت: محمود الطناحي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، مصر، ط 3، 1992م.

حرف العين

ـ: علم الفرائض ، رفيق يونس المصري، دار القلم ،دمشق ، د.ط

100- العزيز شرح الوجيز، أبو القاسم عبد الكريم محمد الرافعي، ت: عادل عبد الموجود وعلي محمد معتوق، دار الفكر، بيروت، د ط.

101- عون المعبود شرح سنن أبي دارد، أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ت: محمد عثمان، مؤسسة قرطبة، ط 2، 1968م.

ـ علماء و مفكرون معاصرون،شبير ، محمد عثمان ، السلسلة رقم 16 ،دار القلم ، دمشق ، ط 1 ،2002 .

حرف الفاء

102- فتح القدير، محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي كمال الدين المشـهور بابن الهمام، دار الفكر، بيروت ، ط 2، د ن.

ـ فتح القدير الجامع بين فني الرواية و الدراية في التفسير، الشوكاني، محمد على بن محمد، ط3، 1973

103 - الفروع، لبن مفلح، مواجعة: عبد الستار فراح، خالم الكتب، بيروت، ط 4، 1405م.

104- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد غنيم النفراوي، دار المعرفة، بيروت، د ط

105- الفقه الإسلامي وأدلته، وهبه الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1985م.

106- فقه المواريث، عبد الكريم بم محمد اللاحم، المكتب التعاوني للدعوة والإرشاد، الريـاض، ط 1، 1413هـ .

ـ الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، أبو العينين، بدران ،دار النهضة العربية ، بيروت ، د ط

107- الفتاوى الهندية الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار إحياء التراث العربي، ط 4، 1406 هـ

108- فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، شهاب الدين أحمد بن علـي، ت: محب الدين الخطيب وآخرون، دار الريان، القاهرة، ط 1، 1987م.

حرف القاف

ـ قاعدة الرسمية و الشهر العقاري في القانون المدني الجزائري في منتدى الجزائرية للحقوق و _www *forum.law-dz.com/*القانون،

109- القانون والسيادة وامتيازات النفط - مقارنة بالشريعة الإسلامية - أحمد عبد الرزاق السعيداني، مركز دراسات الوحدة العربية، ط 1، 1996م.

110- قانون الإجراءات المدنية والقانون المدني وفقا للتعديلات الأخيرة 13 مايو 2007 رقم07-05، فضل العيشي، طبعة جريدة 2007.

111- القاموس المحيط محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1994م.

112- قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام، دار القلم، دمشق، ط1، 2000م.

113- القوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، ابن جزئ، أبو القاسم محمـد بـن أحمـد الكلبي، دار العلم للملايين، بيروت، 1974م.

حرف الكاف

114- الكافي، ابن قدامة المقدسي ، ت: عبد الله التركي، دار هجر، ط1، 1997م.

115- الكافي في فقه أهل المدينة ، ابن عبد البر؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟

116- كشاف القناع على متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين، بن حسين بـن إدريـس البهوتي، عالم الكتب ، د ط، 1983م.

حرف اللام

117- لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت، ط1، 1983م.

118- اللباب في شرح الكتاب، عبد الغني الميداني، المكتبة العلمية، بيروت، دط، 1400 هـ.

حرف الميم

119-المبادئ الشرعية و القانونية في الحجر و النفقات و المواريث و الوصية ،صبحي محمصـاني، دار العلم للملايين ، ط 8 ، 1997 م .

ـ المبدع في شرح المقنع، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلـح المقدسـي، المكتـب الإسلامي، دط، 1982.

120- المبسوط للإمام محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي، دار المعرفة، بـيروت، دط، 1989.

121- مجمع الأ ر، شرح ملتقى الأبحر للإمام عبد الرحمن محمد بن سلمان أفندي وهو شرح على متن ملتقى الأبحر للشيخ محمد إبراهيم محمد الحلبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط.

122- ا موع شرح المهذب أبي زكريا يحيي بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت، د ط. مجمـوع الفتاوى ، ابن تيمية، جمع وتوتيب عبد الرحمن بم قاسم النجدي، عالم الكتب، د ط، 1412.

123- مجلة الأحكام العدلية، مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي، القبح سـامر مـازن، دار الفتح، ط 1، 2008 م.

124- المحاماة في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مسلم اليوسف، مؤسسة الريـاض، ط1، 1422 هـ.

125- المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، ط1، 1998م.

126- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشـق، ط1، 1999م.

127- المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور، دار الكتاب الحديث، د ط.

128- المدخل لدراسة العلوم القانونية، الفار، عبد القادر، منشورات دار الثقافة، عمـان، ط1 سـنة 1994.

129- المدخل إلى دراسة العلوم القانونية، حجازي، عبد الحي، مطبوعات جامعـة الكويـت سـنة 1970.

130- المدخل إلى علم القانون، الصراف، عباس، وجورج حزبون، دار الثقافة، عمان، ط 2 الإصدار الخامس سنة 2001.

131- المدخل للعلوم القانونية، عبد المنعم البدراوي، دار الكتاب العربي، القاهرة، ط1، 1994م.

132- المدخل إلى القانون كيره حسن، منشأة المعارف، مصر، ط1 ، 1969م.

- مدى تدخل الدولة في فرض الضرائب و توظيف الأموال ،: بحث عثمان جمعة ضميرية بحث منشور في مجلة البيان، العدد 13، أغسطس 1988.

133- المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني في نقابـة المحـامين، عمـان، ط2، 1985م.

134- المستدرك على الصحيحين، أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسـابوري، دار المعرفـة، بيروت، ط1، 1998م.

135- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أبو عبد الله أخمد بن الحسن ت: شعيب الأرنـاؤؤط وآخـرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1994م.

- المستصفى من علم الأصول، الغزالي، أتي حامد ت: محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة ط1، 1997 م

136- المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف البـاجي، دار الكتـاب الإسـلامي، ط2، 1985م.

137- الموطأ للإمام مالك بن أنس، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحيـاء التـراث العـربي، دط، 1985م.

138- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي، دار الكتب العلمية بـيروت، د ط.

139- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، وهبه الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط1، 2002م.

140- معاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، محمد عثمان شبير، دار النفـائس، الأردن، ط 1، 1996م.

141- معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، نزيه حماد، الدار العالميـة للكتـاب الإسـلامي والمعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط 3، 1995م.

142- معجم مقاييس اللغة، أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الجبل، بيروت، ط1، 1991م.

143- المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس داود وغيره، المكتبة الإسلامية، استانبول، د ط.

- المعجم الأوسط، الطبراني ت: طارق بن عوض الله ، دار الحرمين، القاهرة، د.ط، 1415 هـ

144- الملكية في الشريعة الإسلامية، داود العبادي، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000م.

145- ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية، محمد بن علي السميع، ؟

146- الملكية في الشريعة الإسلامية، - الخفيف، علي، دار النهضة العربية، بيروت، د ط، 1990م.

- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، أحمد فرج حسين ،مؤسسة الثقافة الجامعة،ط1 ، الاسكندرية، ص 90

147- المهذب في فقه الإمام الشافعي، الشيرازي، أبو إسحاق، ت: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، والدار الشامية بيروت، .1992

148- المحلى، ابن حزم ن أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، ت: أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، دط.

149- مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى السيوطي الرحبياني، ؟ ط2، 1994م.

150- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الشربيني، شمس الدين الشيخ محمد بن أحمـد الخطيـب، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1958م.

151- المغني، أبو الفرج شمس الدين عبد الرحمن بن عمر بن أحمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ت: عبد الله التركي، وعبد الفتاح الحلو, دار عالم الكتب، بيروت، ط4،1999م.

152- المقدمات الممهدات، ابن رشد القرطبي، ت: محمد الحجـي، دار الغـرب الإسـلامي، ط 2، 1408هـ.

153- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، السنهوري منشـورات جامعـة الدول العربية القاهرة 1967م.

154- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عليش، دار الفكر، بيوت، د ط، 1409هـ.

155- مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، أبو عبد الله محمد بن محمد بم عبد الله المغربي الحطـاب،دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1995م.

156- مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط2،2001م.

ـ الميراث المقارن، الكشكي، محمد عبد الرحيم دار النشر و الطباعة ، بغداد ،ط 3 ، 1969,

ـ الميراث في القانون الجزائري، جيجيك ، صالح، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، ط1 ، 2002

حرف النون

ـ نظرية الاباحة عند الأصوليين و الفقهاء ، سلامه مذكور، دار النهضة العربية،ط2، 1984

157- نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أحمد محمود الخـولي، دار السـلام، ط1، 2003م.

158- نظرية الحق، عصام أنور سليم، د ط، د ن، 2007م.

ـ نظرية الحق في القانون المدني، الدسوقي، أبو الليل إبراهيم الكويت،د.ط، 1994، ص15.

159- نظرية الفقه في الإسلام، محمد كمال الدين إمام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشـر، د ط، 1998م.

160- نصب الراية لأحاديث الهداية، عبد الله بن يوسف الزياعي، دار المأمون، ط1، 1357هـ.

ـ . النيابة في التصرفات القانونية- طبيعتها و أحكامها و تنازع القوانين فيها. . جمال مرسي بدر دار الفكر العربي. 1980

161- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي الشوكاني، دار الحديث، القاهرة، د ط.

162- اية المحتاج إلى شرح المنهاج، الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة بن العباس شـهاب الدين، دار المعرفة، بيروت، د ط، 1984م.

163- نتائج الأفكار - تكميلة فتح القدير، قاضي زاده، شمس الدين أحمد بن قودر بن قاضي عسـكر روملي، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

حرف الهاء

164- الهداية، شرح بداية المبتدئ، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.ط.

حرف الواو

165- الوجيز في شرح قانون العمل، بشير مدني، ط1، 2006، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر.

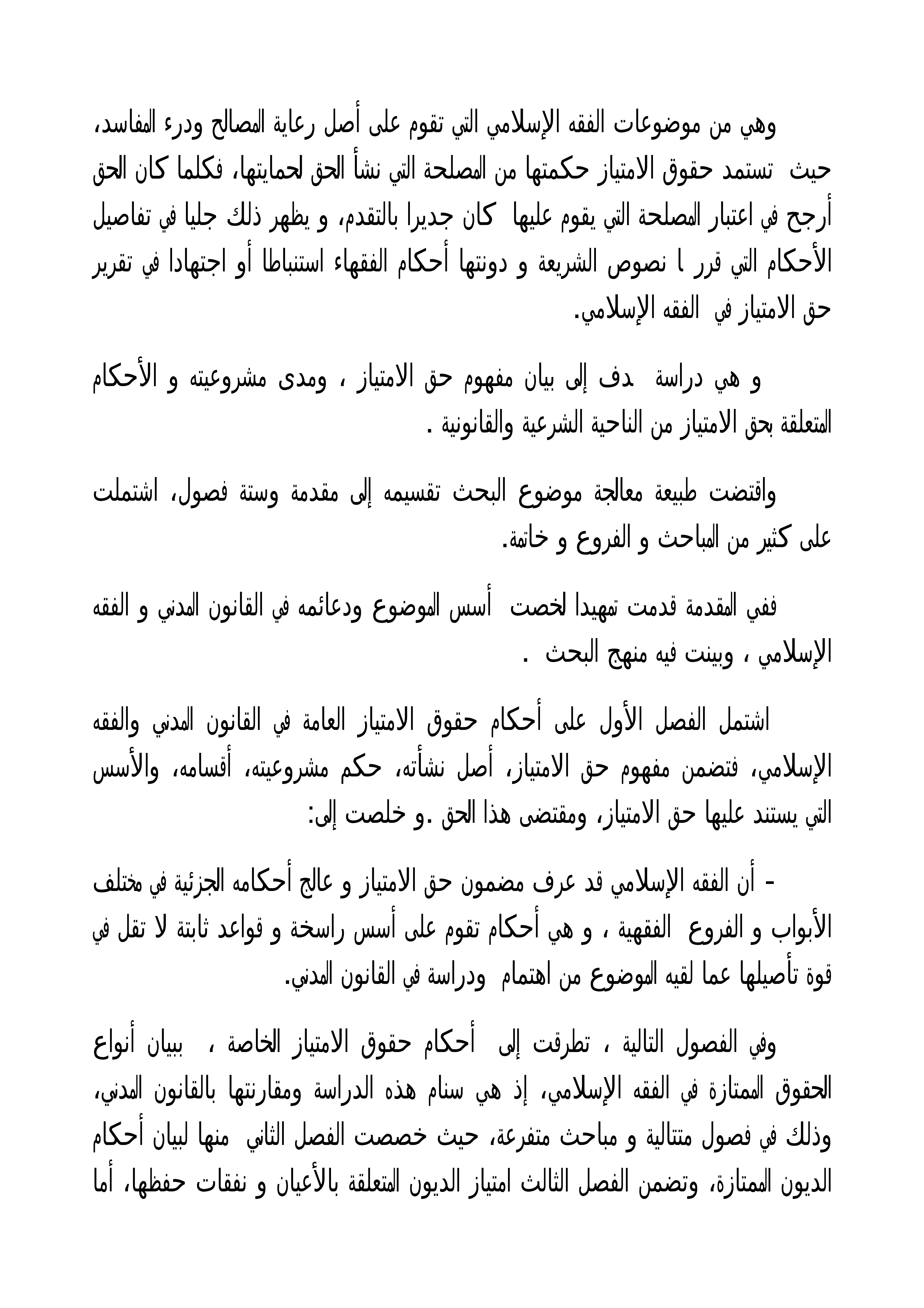
166- الوسيط في التأمينات العينية، عبد الفتاح عبد الرزاق، منشورات دار النهضة العربية القـاهرة، الطبعة الثالثة،1977.

167- الوسيط في شرح القانون المدني، السنهوري عبد الرزاق أحمد دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ،1982.

الفهرس التفصيلي للموضوع

الملخص

موضوع حقوق الامتياز من الموضوعات الهامة في النظم القانونية، وفي الحقل المدني منها لارتباط الامتياز بصفة التأمين بالنسبة للدائن لحماية حقوقه من مخاطر إعسار المدين، أو امتناعه عن الوفاء و، وذلك بما يزوده هذا الحق من وسائل قانونية ، تكفل للدائن استيفاء حقه كاملا قبل غيره من الدائنين العاديين.



وهي من موضوعات الفقه الإسلامي التي تقوم على أصل رعاية المصالح ودرء المفاسد، حيث تستمد حقوق الامتياز حكمتها من المصلحة التي نشأ الحق لحمايتها، فكلما كان الحق أرجح في اعتبار المصلحة التي يقوم عليها كان جديرا بالتقدم، و يظهر ذلك جليا في تفاصيل الأحكام التي قرر ا نصوص الشريعة و دونتها أحكام الفقهاء استنباطا أو اجتهادا في تقرير حق الامتياز في الفقه الإسلامي.

و هي دراسة دف إلى بيان مفهوم حق الامتياز ، ومدى مشروعيته و الأحكام المتعلقة بحق الامتياز من الناحية الشرعية والقانونية .

واقتضت طبيعة معالجة موضوع البحث تقسيمه إلى مقدمة وستة فصول، اشتملت على كثير من المباحث و الفروع و خاتمة.

ففي المقدمة قدمت تمهيدا لخصت أسس الموضوع ودعائمه في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، وبينت فيه منهج البحث .

اشتمل الفصل الأول على أحكام حقوق الامتياز العامة في القانون المدني والفقه الإسلامي، فتضمن مفهوم حق الامتياز، أصل نشأته، حكم مشروعيته، أقسامه، والأسس التي يستند عليها حق الامتياز، ومقتضى هذا الحق .و خلصت إلى:

- أن الفقه الإسلامي قد عرف مضمون حق الامتياز و عالج أحكامه الجزئية في مختلف الأبواب و الفروع الفقهية ، و هي أحكام تقوم على أسس راسخة و قواعد ثابتة لا تقل في قوة تأصيلها عما لقيه الموضوع من اهتمام ودراسة في القانون المدني.

وفي الفصول التالية ، تطرقت إلى أحكام حقوق الامتياز الخاصة ، ببيان أنواع الحقوق الممتازة في الفقه الإسلامي، إذ هي سنام هذه الدراسة ومقارنتها بالقانون المدني، وذلك في فصول متتالية و مباحث متفرعة، حيث خصصت الفصل الثاني منها لبيان أحكام الديون الممتازة، وتضمن الفصل الثالث امتياز الديون المتعلقة بالأعيان و نفقات حفظها، أما

الفصل الرابع فتضمن الامتياز بالمباحات، وخصصت الفصل الخامس لامتيازات الحقوق غير المالية وعقدت الفصل السدس لبعض التطبيقات المعاصرة لحقوق الامتياز ومنها: امتياز أجور العمال، امتياز الأسهم، ، امتياز ديون الوقف، امتياز حقوق المؤلف، و امتياز متقاسم العقار .

وقد أمكن من خلال الرجوع إلى نصوص الفقه الإسلامي، استجلاء أحكام حقوق الامتياز الخاصة، بالقدر الذي يتسنى من خلاله عقد مقارنة بين ما استقرت عليه أحكام الفقه الإسلامي و القانون المدني ببيان أوجه الاتفاق و الاختلاف بينهما في كل موضوع من موضوعاته .

وانتهيت إلى أنه من خلال تتبع نطاق حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي، أ ا تتقرر على الديون والأعيان والمباحات، وهي حقوق مالية، كما يتسع نطاق وعائها ليشمل الحقوق غير المالية وقد أشرنا إليها في ثنايا البحث بالتفصيل. وهي أحكام بعضها محل اتفاق بين الفقهاء وبعضها محل خلاف بينهم. يقوم تقرير حق الامتياز فيها على اعتبارات خاصة بالحق المضمون ورعاية المصالح المعتبرة شرعا.

وفي خاتمة هذا البحث توصلت إلى عدد من النتائج والاقتراحات، التي أرى ضرورة مراعا ا في تناول موضوع حق لامتياز حسب وجهة نظري.

Résumé

Le droit de privilège constitue l'un des sujets les plus importants dans les systèmes juridiques, notamment en matière civile, dès lors que cette question s'apparente avec la notion de garantie conférée au créancier dans le but de préserver ses droits contre les risques d'insolvabilité du débiteur, de sa déconfiture ou tout simplement de son refus de s'acquitter de sa dette. En effet,

le recours à ce moyen de droit lui confère un droit de préférence sur les autres créanciers ordinaires.

Cette notion de droit a été adoptée en droit musulman (Fiqh) en ce sens qu'elle se fonde sur le principe de la sauvegarde des intérêts et la prévention contre les fléaux. En effet, les droits de privilège puisent leur principes sur l'intérêt pour lequel ce droit a été institué dans le but de le sauvegarder. En effet, plus le droit penche davantage en faveur de l'intérêt sur lequel il se fonde, plus il est digne de progresser. Ce concept apparaît clairement dans les préceptes de la Charia et a été adopté par les jurisconsultes musulman, que ce soit pas le biais du raisonnement ou de la jurisprudence, et ce dans le but de faire valoir le droit de privilège en droit musulman

La présente étude a pour objet de mettre en évidence la notion du droit de privilège, son étendue légitime ainsi que les dispositions relatives au droit de privilège, tant du point de vue juridique que celui de la Charia.

La nature du sujet que nous avons abordé nous a conduit à scinder notre recherche en une introduction et huit chapitres comprenant de nombreux titres et sections et enfin une conclusion.

L'introduction comprend une préface dans laquelle j'ai exposé les fondements et piliers du thème abordé, que ce soit en droit civil et en droit musulman, puis j'ai mis en évidence la méthodologie de recherche.

Les trois premiers chapitres ont trait aux dispositions régissant les droits de privilège en règle générale, tant en droit civil qu'en droit musulman. Dans ces chapitres, j'ai abordé: la notion de droit de privilège, l'origine de sa création, son principe de légitimité, ses catégories ainsi que les bases sur lesquelles est fondé le droit de privilège. Puis j'ai abouti

à la conclusion selon laquelle le droit musulman (Fiqh) a défini l'essence même du droit de privilège, tout en traitant ses préceptes partiels (secondaires) dans ses différents titres et sections jurisprudentielles dès lors que ces préceptes s'appuient sur des bases inébranlables et des règles fixes dont la formalisation est aussi profonde que l'intérêt qui a été consacré à ce sujet dans le droit civil.

Dans les quatres derniers chapitres, j'ai abordé les dispositions relatives au droit de privilège spécial, et ce en mettant en exergue les différentes catégories de droits de privilège en droit musulman - d'autant plus qu'ils sont au cœur de cette étude - puis j'ai établi une comparaison avec le droit civil, à travers des chapitres successifs et titres diversifiés. Le deuxième chapitre a été consacré aux dispositions relatives aux créances privilégiées; Le troisième chapitre a porté sur le privilège des ***fonds*** et les dépenses pour leur préservation. Le quatrième chapitre a porté sur le privilège par les choses licites. Le cinquiéme chapitre a été consacré aux privilèges non financiers. Enfin, le sixiéme chapitre a abordé diverses applications contemporaines liées aux droits de privilèges, à savoir: Privilège des salaires des employés, privilège de créances des biens Waqf, privilège de droits d'auteur.

En se référant aux textes jurisprudentiels du droit musulman, nous avons pu mettre en évidence les préceptes de droits de privilèges spéciaux, de manière telle à pouvoir établir une comparaison entre les principes consacrés définitivement en droit musulman et en droit civil, tout en indiquant les points de convergences et de divergences entre chacun de leurs sujets.

Enfin, à travers les différents contextes dans lesquels les droits de privilège se situe en droit musulman, nous avons pu relevé qu'ils portent sur des créances et fonds, en ce qui sens qu'ils constituent des droits financiers, de même que leur étendue dépasse leur cadre pour s'étendre aux droits non financiers que nous avons abordé de façon exhaustive dans notre recherche. Il s'agit en effet de préceptes dont certains font l'unanimité des savants par rapport à d'autres.

En conclusion, nous avons abouti dans notre recherche à un certain nombre de conclusions et de propositions qu'il incombe à mon point de vue de prendre en considération dans la question de droit privilège que nous avons abordé.

Université d'Alger

Faculté des Sciences Islamiques

Département de Charia

DISPOSITIONS RELATIVES AUX DROITS DE PRIVILÈGES

EN JURISPRUDENCE ISLAMIQUE ET EN DROIT CIVIL

ETUDE COMPARATIVE APPLIQUÉE

Thèse soumise en vue d'un diplôme de Doctorat en Sciences Islamiques

Spécialité /OUSSOUL EL- FIQK

Présentée par l'étudiante : **Yamina CHOUDER**

Année universitaire : 1331 – 1432 H

Université d'Alger

Faculté des Sciences Islamiques

Département de Charia

DISPOSITIONS RELATIVES AUX DROITS DE PRIVILÈGES

EN JURISPRUDENCE ISLAMIQUE ET EN DROIT CIVIL

ETUDE COMPARATIVE APPLIQUÉE

Thèse soumise en vue d'un diplôme de Doctorat en Sciences Islamiques

Spécialité /OUSSOUL EL- FIQK

Encadreur/ P.Ali Azzouz

Présentée par l'étudiante :

Yamina CHOUDER

Membre de jure

P.Mohamed Bouaazala	**Président**
P.Ali Azzouz	**Encadreur**
P.Nacira dehina	**Membre**
P.Nacer Karra	**Membre**
D.Ghania Kerri	**Membre**
D.Dalila Mebarki	**Membre**